UNIVERSITE DE RENNES
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

LE POUVOIR DE DÉCISION UNILATÉRALE DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 9 janvier 1964

PAR

FRANÇOIS VINCENT

MEMBRES DU JURY :

Président de la thèse : M. F.-P. BENOIT, Professeur

Suffragants { M. MOREAU, Professeur
M. DUPUIS, Agrégé

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot (V^e^)
PARIS

1966

LE POUVOIR DE DÉCISION UNILATÉRALE DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES

UNIVERSITE DE RENNES
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

LE POUVOIR DE DÉCISION UNILATÉRALE DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 9 janvier 1964

PAR

FRANÇOIS VINCENT

MEMBRES DU JURY :

Président de la thèse : M. F.-P. BENOIT, Professeur

Suffragants { M. MOREAU, Professeur
M. DUPUIS, Agrégé

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot (V°)
PARIS

1966

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544722_0045

INTRODUCTION

L'inégalité des rapports entre la Puissance publique et les administrés constitue, sans nul doute, une des marques distinctives du droit administratif français. Les exigences inhérentes au maintien de l'ordre et à la satisfaction des besoins du public postulent que l'administré soit placé dans une situation d'infériorité vis-à-vis de l'Administration.

Cette inégalité découle de l'existence d'un pouvoir de décision unilatérale reconnu à certaines autorités publiques. Quel est le régime juridique de ce pouvoir ? Quels en sont les sources et les caractères ? Quelles peuvent être les limites à son exercice ?

Ces problèmes se posent dans toute Société organisée. Les impératifs du maintien de l'ordre et de la satisfaction des besoins de la collectivité sont de tous les temps et de tous les pays.

Mais l'étude du pouvoir administratif aux origines de la Cité, sous la Très Haute Antiquité, se heurte à une difficulté essentielle. Les cités sumériennes sont en effet gouvernées par des Monarchies de type théocratique. Elles nous transportent dans un monde irrationnel où tout est dominé par la croyance aux forces magiques ou par la mystique religieuse. Le chef commande parce qu'on le considère comme un être surnaturel détenant un pouvoir magique. Les pouvoirs qu'il exerce sont donc illimités.

L'étude du pouvoir administratif au double plan de son origine et de son exercice ne peut donc être utilement abordée qu'au stade de l'Antiquité romaine.

A. — L'Antiquité romaine.

La conception du pouvoir administratif, l'organisation et la structure des autorités administratives diffèrent profondément sous la République et sous l'Empire.

La République voit apparaître d'une part, une autorité administrative originale, le magistrat, d'autre part, un pouvoir administratif nouveau : la magistrature.

Le magistrat, c'est, comme l'étymologie le révèle, celui qui a la maîtrise du peuple. Cette maîtrise est d'origine religieuse ou magique. Mais peu à peu elle se laïcise. La magistrature va apparaître comme un pouvoir laïc, exercé dans la Cité, à l'égard de tous les citoyens, pouvoir qui n'est plus exclusivement défini ni conféré par la loi, mais qui tire une existence autonome de la constitution même de la Cité. Ce pouvoir détenu par les consuls, c'est l'*Imperium*, pouvoir général de commandement que le magistrat exercera, tantôt à l'intérieur de la Cité, *domi*, tantôt, en dehors de la Cité, sur le théâtre même des opérations militaires, *militiae*.

Cet *imperium* habilite le magistrat qui en est revêtu, à adresser des ordres à tous les citoyens, et à assurer la bonne exécution de ses ordres. En vertu de son droit de *coercitio*, le magistrat peut infliger aux citoyens qui refusent d'obéir soit une amende, soit une peine corporelle, qui pourra aller jusqu'à la flagellation et jusqu'à la mise à mort. La seule garantie qui soit accordée au citoyen, le seul moyen pour lui de se soustraire à la condamnation capitale, c'est de recourir à la *provocatio ad populum*, c'est d'en appeler au peuple : les comices populaires se substitueront, comme juge d'appel, au magistrat, qui jouera devant eux le rôle de ministère public.

Au dessous de ces magistrats supérieurs, détenteurs de l'*Imperium*, certains magistrats se voient attribuer des pouvoirs inférieurs et spécialisés : ainsi en est-il des édiles chargés de la police des marchés, des questeurs qui s'occupent de l'administration des finances et de la perception de l'impôt. Mais ces magistrats disposent de pouvoirs limités aux actes relatifs à leurs fonctions. Seul l'*Imperium* est une véritable aptitude générale à commander, qui n'est limitée, afin d'éviter l'arbitraire, que par le système original de la collégialité.

Avec l'Empire, l'administration romaine se modifie profondément dans son organisation et sa structure.

Dans sa nature tout d'abord : il n'y a plus de magistrature, au sens véritable du terme, c'est-à-dire de pouvoir autonome, attaché à une fonction; il y a maintenant des fonctionnaires, qui n'ont de pouvoirs que dans la mesure où l'Empereur les leur a délégués.

Tout pouvoir a sa source dans la volonté impériale. L'Empereur rassemble entre ses mains tous les pouvoirs. Il les exerce ou les délègue à son gré, il nomme et révoque discrétionnairement les fonctionnaires.

Transformée dans sa nature même, l'administration l'est aussi dans sa structure. L'absolutisme impérial a pour corollaire une centralisation administrative poussée à l'extrême. L'administration intervient dans presque tous les secteurs. Le dirigisme se manifeste au sein même de la vie professionnelle de l'administré. La réglementation de la profession atteint la personne de l'administré et certains commerçants se voient contraints d'exercer leur commerce à vie. Sans doute, l'administré dispose-t-il d'une garantie. Il peut, en effet, exercer un recours hiérarchique ou s'adresser directement à l'Empereur. Mais cette garantie est illusoire du fait que s'il obtient gain de cause, c'est le fonctionnaire lui-même et non l'administration qui sera condamné à réparer les conséquences de l'erreur commise.

L'absolutisme impérial, la centralisation extrême qui en découle, conduisent inéluctablement à un assujettissement de l'administré aux volontés de la Puissance publique.

B. — Le Moyen Age.

A l'organisation administrative romaine, centralisée et hiérarchisée, succède, après la chute de l'empire romain d'Occident, une période de désorganisation, d'émiettement de la puissance publique. L'époque franque comme l'époque féodale se caractérise essentiellement par une diminution, un fractionnement du pouvoir administratif.

La période franque est marquée, sur le plan administratif, par une incroyable régression : un seul administrateur, le Comte, une seule circonscription, le Comté ou *pagus*. Le Comte exerce dans sa circonscription tous les pouvoirs administratifs, tous les pouvoirs militaires, tous les pouvoirs judiciaires. Il n'existe, à cette époque, aucune séparation des pouvoirs. De plus, après le règne autoritaire de Charlemagne, le pouvoir impérial perd de sa force initiale. Les invasions normandes, les querelles dynastiques contribuent pour une large part au déclin de l'autorité centrale.

L'affaiblissement de la puissance publique va conduire à son émiettement. A partir du IX^e^ siècle se développe, sur le territoire de l'Empire, un double mouvement, seigneurial et féodal : mouvement seigneurial : de simples particuliers ont la puissance publique et l'exercent sur leur territoire, la seigneurie; mouvement féodal : entre ces seigneurs, usurpateurs de la puissance publique, se forment des liens nouveaux, les liens féodo-vassaliques. Un puissant seigneur obtient, moyennant la concession d'une terre, d'un fief, l'engagement de fidélité et d'assistance de la part d'un seigneur moins puissant. La pratique se généralise au cours du IX^e^ siècle, et

il se tisse ainsi d'un bout à l'autre du territoire de l'Empire, tout un réseau serré de liens féodovassaliques.

Les deux mouvements se recoupent ainsi l'un l'autre, et la puissance publique s'émiette, se divise, se partage à l'infini.

Ainsi, du IXe au XVe siècles, les fonctions étatiques sont usurpées par de grands propriétaires. Sans doute existe-t-il un pouvoir monarchique.

Mais ce pouvoir ne s'exerce que dans un domaine restreint (Seigneuries de l'Ile de France). De plus, la puissance du roi capétien présente un aspect patrimonial nettement caractérisé. Le pouvoir monarchique est un moyen de procurer au roi et à son entourage les ressources indispensables.

L'époque féodale marque ainsi le déclin de la puissance publique et de la distinction entre pouvoir de commandement et pouvoirs patrimoniaux.

C. — La Monarchie absolue.

Avec le XVIe siècle débute une ère de reconquête de la puissance publique. Œuvre des rois, des légistes, des fonctionnaires royaux et spécialement des intendants, cette reconquête trouve son aboutissement dans l'absolutisme royal. Mais si la monarchie, dans les deux derniers siècles de son existence, se caractérise, sur le plan politique, par l'absolutisme, c'est-à-dire la concentration de tous les pouvoirs entre les mains du souverain, elle est dominée, sur le plan administratif, par les progrès de la centralisation. Ce fait a été parfaitement mis en relief par Tocqueville dans son ouvrage sur l'Ancien Régime et la Révolution : la Révolution et l'Empire n'ont fait que parachever l'œuvre de centralisation administrative commencée par l'Ancien Régime. « La Révolution n'a été que la terminaison soudaine et violente d'une œuvre à laquelle dix générations d'hommes avaient travaillé. » (1).

A cette époque d'absolutisme politique, de centralisation administrative extrêmement poussée, que devient le pouvoir administratif ? Qui préside à sa dévolution, quelles en sont les limites et les modalités d'exercice ?

Mais existe-t-il une notion spécifique du pouvoir administratif et de l'administration sous la monarchie absolue ? C'est à cette question qu'il convient de s'attacher avant de préciser les sources et les limites du pouvoir administratif.

(1) Tocqueville, « L'Ancien Régime et la Révolution », 8e éd., p. 96.

1. — La notion de pouvoir administratif.

Sur le plan terminologique, une première observation s'impose : le mot administration ne se trouve pas employé avant le XVIII[e] siècle dans l'acception moderne et abstraite de satisfaction des besoins publics et de maintien de l'ordre. Le terme qui se rapproche le plus, dans notre ancien langage, du concept moderne d'administration, est le terme police. Toutefois, il n'y a pas identité parfaite entre les deux termes : la police, au sens ancien, se différencie de notre notion moderne d'administration par deux caractères essentiels.

Elle est étroitement liée à la notion de justice, si étroitement liée qu'on en arrive même souvent à confondre les deux notions, justice et police, et les deux activités, judiciaire et administrative; la confusion est d'autant plus facile que les deux fonctions sont exercées par les mêmes autorités (Intendants).

Cette notion de police est beaucoup plus large que notre notion moderne d'administration : elle embrasse le maintien de l'ordre (police, au sens strict du terme) ; la gestion des services publics, d'abord rudimentaire, mais qui ne cesse de se développer au cours de l'Ancien Régime (administration au sens actuel du terme) ; et, enfin, la conduite générale des affaires publiques, la direction du royaume (pouvoir de gouvernement, au sens moderne du terme).

Cette notion originaire de la police s'explique historiquement par la structure même du royaume, avant le triomphe définitif de l'absolutisme. L'organisation du royaume en seigneuries autonomes sous l'autorité de seigneurs limite les interventions royales à des interventions d'arbitrage ou de maintien de la paix. Pour que le pouvoir et la fonction de police acquièrent signification et valeur autonome, il faudra que la souveraineté monarchique se reconstitue et triomphe pour que le roi puisse se consacrer à des tâches proprement administratives.

Le pouvoir administratif naît en tant que fonction autonome distinct du pouvoir judiciaire au terme d'un mouvement progressif qui s'amorce dès le XIV[e] siècle, se précise de plus en plus par la suite, pour aboutir enfin au XVIII[e] siècle où l'on trouve le mot « administration » employé au sens moderne du terme.

En 1784, l'Encyclopédie d'Economie politique donne au mot « Administration » le sens général de gouvernement et de gestion des affaires d'un Etat, d'une communauté. Et elle ajoute : « Ce mot s'applique d'une manière spéciale au gouvernement intérieur des Etats, et, lorsqu'on parle de l'administration en termes absolus, on désigne l'administration de la chose publique, ce qui est réellement l'administration par excellence. »

Déjà, un arrêt de conseil en commandement, du 6 mai 1777, oppose parfaitement la « voie de justice » à la « voie d'administration ». Vers le même temps, on voit apparaître dans la langue officielle l'expression « administration majeure » qui recouvre à peu près nos affaires de gouvernement et qui marque bien que la distinction est désormais établie entre le gouvernement de l'Etat et l'administration proprement dite.

Cependant, si le concept d'administration et de pouvoir administratif a été dégagé dès l'Ancien Régime, il ne s'ensuit pas que la séparation des pouvoirs ait été pour autant établie. Bien au contraire, le dogme fondamental de la souveraineté monarchique postule la réunion de tous les pouvoirs, leur confusion entre les mains du Roi. Ce dogme explique que, jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, les mêmes autorités exerceront des prérogatives de police, de justice, voire même des prérogatives législatives (Etats provinciaux). La délégation des pouvoirs royaux n'entraîne pas automatiquement une scission de ces pouvoirs. Une telle séparation est impensable à l'époque de l'absolutisme royal. Cependant, le roi conserve la faculté de déléguer séparément les fonctions et de réaliser ainsi une distinction comparable à la distinction des autorités de justice et d'administration. Un exemple de cette séparation nous est fourni par une réforme de Louis XIV dans le cas particulier des tribunaux de baillage. De même, la réorganisation par Maupeou de l'ordre judiciaire dénote une tendance à la séparation des pouvoirs. Mais ce ne sont là que des réformes inspirées par des considérations pratiques. L'Ancien régime n'a pas connu une séparation des pouvoirs comparable à celle entreprise par la Révolution. Tout au plus peut-on dire que sous l'Ancien Régime, un certain courant d'idées prépare déjà la séparation des pouvoirs.

Ayant ainsi examiné comment avait été décerné le pouvoir de police ou pouvoir administratif, il nous faut maintenant envisager le problème de sa source.

2. — La source des pouvoirs des autorités administratives.

Le dogme de l'absolutisme royal exerce bien évidemment une influence sur la détermination des pouvoirs administratifs. La souveraineté absolue du monarque régnant implique que le pouvoir administratif appartienne, comme tous les pouvoirs régaliens, au roi, et au roi seul : le Roi est la source de la police, comme il est la source de la justice (*fons omnis justitiae*). Ce pouvoir va cependant être délégué à des représentants. Mais il s'agit d'une délégation pure et simple : l'administrateur n'a d'autorité que dans la mesure

où le Roi lui délègue ce pouvoir d'administrer et dans la mesure où il maintient cette délégation. L'autorité monarchique peut reprendre à tout moment sa police; elle peut évoquer toute affaire selon son bon plaisir. C'est donc au roi qu'il appartient de répartir, de définir les compétences des différents agents royaux.

Comment les compétences ont-elles été définies, en pratique, par l'autorité monarchique ? Il importe d'opérer sur ce point une distinction entre les deux grandes catégories de fonctionnaires existant sous l'ancien régime : les officiers, propriétaires de leurs charges, pourvus d'une fonction ordinaire, établis en permanence; les commissaires chargés d'une mission extraordinaire, et révocables à tout moment, selon le bon plaisir du roi.

La compétence de l'officier, les prérogatives qu'il exerce sont attachées au statut même de l'office. Il en résulte que la compétence de l'officier sera définie tantôt par la coutume, tantôt par une ordonnance royale. Mais à partir du moment où triomphera l'inamovibilité des offices, puis la vénalité et l'hérédité, le Roi lorsqu'il crée l'office se préoccupe d'en définir soigneusement le statut, et, en particulier, de fixer avec précision les pouvoirs qui y sont attachés.

Que la source en soit la coutume ou les ordonnances royales, une compétence déterminée est attachée à chaque office, compétence indépendante de la personne de l'officier. La compétence découle automatiquement de l'office et de son statut.

Pour ce qui est, au contraire, des commissions, fonctions publiques extraordinaires, aucune compétence définie n'est attachée à tel ou tel type de commission. Ce sont les lettres de commission, délivrées au commissaire au moment de sa nomination, qui devront définir les prérogatives exactes qui lui sont conférées.

On constate donc, en définitive, que la source de toute fonction publique, de tout pouvoir administratif découle de la volonté royale. La souveraineté monarchique implique que le roi préside à la dévolution des pouvoirs, qu'il en règle tout à la fois les modalités et la nature.

Mais le pouvoir administratif connaît-il certaines limites ? Les administrés disposent-ils sous l'Ancien Régime de garanties et de recours destinés à les protéger ou prémunir contre l'arbitraire royal ? Tel est le problème qu'il convient à présent de résoudre.

3. — Les limites du pouvoir administratif.

Les administrés bénéficient-ils de garanties qu'ils puissent opposer à l'administration ? Une première observation s'impose : les

administrés ne peuvent se prévaloir à l'encontre de l'administration de droits ou de libertés individuelles inviolables et garantis. Notre Ancien Droit ne reconnaît pas l'existence de ces libertés individuelles que l'idéologie révolutionnaire fera triompher. La liberté d'opinion n'existe pas et le système de la censure a prévalu jusqu'à la Révolution. Il en est de même pour la liberté de conscience, la liberté religieuse, même s'il existe en pratique une certaine tolérance de fait.

Démuni de droits ou de libertés individuelles, l'administré peut en revanche exiger l'observation rigoureuse des privilèges dont il bénéficie. Les pouvoirs des administrateurs de l'Ancien Régime sont limités par l'existence de privilèges qui peuvent appartenir à des corps constitués (ordres, villes, corporations) ou à certains particuliers.

Le particulier lésé dans ses privilèges par une décision administrative a la faculté de faire opposition contre cette mesure, et de porter cette opposition soit devant une juridiction déléguée, le Parlement par exemple, soit devant le Conseil du Roi.

Cette opposition peut être formée non seulement contre la décision d'un agent royal mais même contre une mesure royale à condition qu'elle n'émane pas du propre mouvement du Roi, mais ait été prise sur simple requête d'un particulier ou d'un corps.

Ainsi, par la voie de l'opposition, les administrés ont-ils pu obtenir le respect de leurs privilèges. Mais que se passe-t-il dans l'hypothèse, au reste assez fréquente, où l'administré est dépourvu de tout privilège ? Est-il de ce fait, et, à raison de l'existence de libertés individuelles, étroitement soumis aux volontés royales, ne dispose-t-il d'aucune voie de recours ?

Non, car à partir du XVI^e^ siècle, un nouveau système de protection s'instaure, système qui va aboutir à la création au XVIII^e^ siècle d'un véritable contentieux administratif et préparer la voie au système de protection actuel.

Le point de départ de cette protection nouvelle est simple : tout sujet du Roi, quel qu'il soit, a le droit pour toute affaire de recourir directement au monarque, de lui adresser une requête.

Le Roi examinera la requête en son Conseil. Mais devant la prolifération des requêtes, le Conseil du Roi va se scinder en un certain nombre de conseils spécialisés. Ainsi apparaîtra le Conseil d'Etat privé, Finances et Direction, aux attributions essentiellement contentieuses. Unique par sa composition, ce Conseil se scindera, pour exercer ses diverses attributions en plusieurs « séances ». Chacune de ces « séances » se consacrera à une tâche différente : le Conseil d'Etat privé aura connaissance du contentieux judiciaire,

le Conseil d'Etat et Direction règlera le contentieux administratif et fiscal.

C'est donc le Conseil d'Etat et Direction qui connnaîtra sous l'Ancien régime du contentieux administratif. Son rôle sera essentiellement de vérifier la conformité des décisions administratives aux ordonnances royales. Il confirmera la décision ou la réformera selon qu'elle est ou non conforme aux règles posées. Ainsi s'instaure un contrôle qui se rapproche du contrôle de la légalité.

Mais ce n'est là qu'une timide ébauche. La souveraineté monarchique autorise les manifestations du bon plaisir royal. Et le monarque peut toujours décider à l'encontre d'une ordonnance précédente. De même est-il souverain juge de l'opportunité ou de l'inopportunité de l'acte.

On ne peut donc parler d'un contrôle de légalité opéré en toute impartialité par une juridiction administrative indépendante. Tout dépend en définitive du bon plaisir du souverain.

Cependant, dès l'extrême fin de l'Ancien Régime, on note les signes avant-coureurs de la période révolutionnaire. La séparation des pouvoirs est sinon établie du moins pressentie, le pouvoir administratif s'il dépend dans sa nature et son exercice de la volonté royale est soumis à un certain contrôle, l'administré qui ne possède encore de libertés individuelles bénéficie en fait d'une certaine tolérance de l'administration. A la fin de l'Ancien Régime, les tendances que nous venons de déceler préparent le triomphe soudain et brutal des principes nouveaux.

D. — Le droit moderne.

Avant la Révolution française de 1789, le problème de la nature et de l'étendue du pouvoir administratif change profondément d'aspect. Au règne de l'arbitraire royal se substitue le règne de la loi. La Révolution organise d'une manière effective la séparation des autorités administratives et judiciaires. Le libéralisme politique, l'égalité des citoyens devant l'administration, le libéralisme économique sont proclamés solennellement. Désormais, le pouvoir administratif est étroitement subordonné à la loi. Est-ce dire que les administrés possèdent dès cette époque les garanties suffisantes contre les interventions de la puissance publique ? Le triomphe des principes révolutionnaires, la reconnaissance de droits et libertés individuelles conduisent-ils à une protection efficace de l'administré ?

En réalité, depuis l'an VIII jusqu'à la fin du XIX[e] siècle, l'administré français fait plus figure de sujet que de citoyen. Cela tient

essentiellement à la conception autoritaire qui a présidé sous l'an VIII à l'édification de l'organisation administrative.

L'an VIII est, en effet, une période autoritaire. Sur le plan de l'organisation administrative, cela se traduit par une extrême centralisation. La juridiction administrative, Conseil d'Etat et Conseils de préfecture n'a à proprement parler, aucun pouvoir de décision. En matière contentieuse comme en matière consultative, le Conseil d'Etat se borne à proposer la décision au chef de l'Etat. Les Conseils de Préfecture, outre qu'ils sont présidés par les préfets, voient leurs décisions susceptibles d'appel devant le Conseil d'Etat. L'administration se contrôle ainsi elle-même. De plus, en raison de l'interdiction faite aux tribunaux judiciaires de connaître des actes de l'administration, la puissance publique jouit d'une immunité juridictionnelle totale.

Les administrés sont dès lors particulièrement démunis. Leur situation est soumise au bon vouloir de l'administration. Pendant toute cette période, l'administré ne dispose que du simple recours hiérarchique pour protester contre les abus de la puissance publique. La responsabilité de l'Etat ne peut être engagée et l'administré doit supporter les erreurs et les fautes de l'Administration sans qu'il soit possible d'obtenir une quelconque réparation.

Des garanties efficaces se développent peu à peu au milieu du XIX^e^ siècle. L'octroi de la justice déléguée au Conseil d'Etat en 1872 marque le début d'une ère nouvelle. Le contentieux de la légalité progresse. La responsabilité de la puissance publique est admise et généralisée à partir de 1905. Les actes discrétionnaires déclinent puis disparaissent. Le XX^e^ siècle concrétise peu à peu les progrès effectués et on arrive de nos jours à une protection efficace des administrés.

C'est dans ce contexte qu'il convient d'envisager le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives, c'est au stade actuel de son développement qu'il importe d'en fixer la nature et l'étendue. Les interventions de l'administration se sont en effet considérablement multipliées. La transformation de l'Etat gendarme en Etat providence, les mutations profondes qui en découlent ont transformé la physionomie du pouvoir administratif.

Quel est donc l'aspect du pouvoir de décision unilatérale ? Tel est le problème fondamental auquel nous nous sommes attachés.

Une définition du phénomène s'impose préalablement à toute étude. Par pouvoir de décision unilatérale, on entend l'aptitude générale dont sont investies les autorités administratives à créer unilatéralement des obligations ou des droits pour tout ce qui concerne l'ordre public et la gestion des services publics.

Cette définition appelle deux remarques importantes. En précisant qu'il s'agit d'un pouvoir unilatéral, nous entendons exclure les hypothèses où l'administration contracte avec un particulier. Sans doute le procédé contractuel n'est-il pas exclusif de tout pouvoir au profit de l'administration. L'intérêt général postule, en effet, même dans les contrats, l'existence de certaines prérogatives. Mais ces prérogatives si importantes soient-elles, n'engendrent pas une inégalité aussi manifeste que celle qui résulte du pouvoir de créer unilatéralement des obligations.

Enfin, si nous avons défini le pouvoir administratif comme une aptitude à imposer unilatéralement des sujétions ou des droits pour tout ce qui concerne l'ordre public et la gestion des services publics, c'est pour mieux l'opposer au pouvoir exécutif. Sans doute les différences ne sont-elles pas toujours apparentes. La confusion des deux pouvoirs aux mains des mêmes titulaires (les ministres), le fait que le pouvoir administratif repose sur des normes constitutionnelles, rendent la distinction difficile.

Cependant, il est possible de leur assigner des domaines différents. En effet, alors que le pouvoir de décision unilatérale intervient exclusivement pour assurer la satisfaction des besoins des individus (particuliers ou fonctionnaires), le pouvoir exécutif se manifeste dans un domaine plus large. Il se préoccupe de l'organisation de l'Etat, de la conduite générale des affaires publiques.

L'autorité administrative intervient essentiellement dans deux domaines : le domaine externe, le domaine interne.

Le domaine externe correspond au réseau des obligations édictées à l'encontre de l'universalité des citoyens. Le pouvoir qui intervient en ce domaine s'exerce aussi bien à l'encontre des agents publics que des administrés. Il conduit à la création d'actes juridiques obligatoires et sanctionnés. Le particulier visé ne peut s'y soustraire. Il a un devoir juridique d'obéissance quitte à faire respecter *a posteriori* ses droits par la voie du recours pour excès de pouvoir.

Cette aptitude à imposer des sujétions (ou des droits) peut être qualifiée de compétence ou pouvoir de créer selon les voies légales, des effets de droit valables pour l'universalité des citoyens, ou pour certains d'entre eux.

Le domaine interne correspond à la vie intérieure de l'administration. Cette vie est inséparable de la hiérarchie. Elle englobe les rapports des supérieurs et des inférieurs. Elle vise à l'organisation et au fonctionnement des services publics. A l'intérieur du corps administratif se manifestent deux sortes de pouvoir : le pouvoir hiérarchique et le pouvoir du chef de service. L'un vise à

régler les rapports entre les agents. Il détermine le degré de soumission nécessaire à la vie quotidienne de l'administration. L'autre est chargé de l'organisation du service. Il en assure le bon fonctionnement. Comme tel, il se répercute non seulement sur les agents mais aussi sur les usagers.

Ces deux formes de pouvoirs d'ordre intérieur se manifestent par des obligations. Mais ces dernières ne modifient en rien la situation légale de l'agent ou de l'usager.

Ces pouvoirs d'ordre intérieur ne peuvent créer des situations juridiques générales ou individuelles à l'égard des administrés.

Le pouvoir de décision dont est investie l'autorité administrative se diversifie selon qu'il exerce dans le monde extérieur à l'administration ou qu'il se meut à l'intérieur même du corps administratif, de la hiérarchie.

Dans la première hypothèse, il s'agit de la « compétence » ou aptitude à créer des actes juridiques valables pour l'universalité des citoyens, ou pour certains d'entre eux. Dans la seconde hypothèse, on parle de « pouvoirs d'ordre intérieur », c'est-à-dire de pouvoirs qui tendent soit à assurer l'organisation des services publics soit à réglementer la conduite de l'agent administratif sans toutefois modifier sa situation légale.

L'étude de ces pouvoirs de l'administration soulève deux problèmes essentiels : le problème de la nature de ces pouvoirs, celui de leurs modalités d'exercice par rapport au contrôle juridictionnel. Nature et exercice sont d'ailleurs les deux questions qui se posent inéluctablement à l'occasion de l'étude du Pouvoir qu'il soit constitutionnel ou administratif. Dans un premier temps, le juriste s'interroge sur les sources du Pouvoir. Il s'efforce de déterminer son caractère juridique ou extra-juridique. Puis, il se penche sur l'exercice de ce Pouvoir. Il en précise les limites, il fixe les contours du contrôle auquel il est éventuellement assujetti.

Telle sera la méthode qui nous servira de guide dans l'étude des deux formes de pouvoir qui caractérisent l'action administrative. L'inégalité qui découle de la compétence comme des pouvoirs qui interviennent à l'intérieur du corps administratif est-elle une inégalité de fait ou une inégalité juridique ? L'obéissance des administrés comme celle des agents publics aux décisions de l'administration traduit à l'évidence cette inégalité. Mais elle ne permet pas de savoir si les rapports de l'administration avec les particuliers sont des rapports de pur fait ou des rapports de droit. Cette question mérite d'être résolue. Il s'agira donc, dans un premier temps, d'examiner à l'occasion de l'étude des deux formes de pouvoirs de l'Administration, la nature du rapport d'inégalité qui

naît de l'action administrative. Cet examen nous permettra de qualifier en pouvoirs juridiques ou pouvoirs de fait la compétence et les pouvoirs d'ordre intérieur. Puis dans un deuxième temps, nous nous efforcerons de préciser les modalités d'exercice de ces pouvoirs. Ce deuxième examen dépendra bien évidemment de la solution que nous aurons donné au premier problème. S'il s'avère que la compétence et les pouvoirs d'ordre intérieur ne sont que des pouvoirs de fait, l'étude de leurs modalités d'exercice mettra en évidence la liberté totale de l'administration.

A l'inverse, si compétence et pouvoirs d'ordre intérieur peuvent être qualifiés de pouvoirs juridiques, il sera intéressant de préciser les limites tracées par la juridiction administrative à l'exercice de ces pouvoirs.

C'est donc en fonction du problème de la nature et de celui de l'exercice que nous entreprenons notre étude. Elle comprendra deux parties. La première partie sera consacrée à l'étude de la compétence. Les pouvoirs dans l'ordre intérieur feront l'objet de la seconde partie.

LIVRE PREMIER

LA COMPÉTENCE

Dans l'ensemble des questions soumises à l'examen de la Doctrine, le problème de la compétence des autorités administratives n'a presque jamais été entrevu (1). Tout au plus certains auteurs l'abordent-ils d'une manière incidente en étudiant la théorie des actes administratifs unilatéraux (2). Ce laconisme de la doctrine semble à première vue surprenant. La notion de compétence commande, en effet, une grande partie de l'activité administrative. A la source de toute décision unilatérale comme de tout contrat, on trouve une autorité administrative qui a reçu « compétence » pour assujettir les particuliers à un réseau d'obligations ou de permissions légales.

C'est souligner l'importance du problème, c'est aussi mesurer toutes les difficultés qu'il peut recéler.

Aussi, avant de l'aborder, il convient tout naturellement de préciser ce qu'on entend par compétence d'un agent public.

Le terme de « compétence » est employé à la fois dans un sens large et dans un sens étroit.

Dans son sens tout à fait général, le mot compétence désigne non seulement le pouvoir reconnu à un fonctionnaire de faire des actes juridiques mais encore d'accomplir régulièrement, pour le

(1) Jèze consacre cependant à ce problème quelques développements dans « Essai d'une théorie générale de la compétence », R.D.P. 1923, p. 58 et s. ; voir aussi Duguit, « Droit Constitutionnel », 1911, t. 1, p. 481.

(2) M. Waline traite par exemple ce problème à propos de l'incompétence « Traité de Droit Administratif », 8e éd., p. 417.

compte de l'Etat, des opérations n'ayant pas le caractère juridique, ne produisant pas des effets de droit. Ainsi le professeur qui enseigne, l'ingénieur qui dirige des travaux ont une compétence au même titre que le maire qui réglemente la circulation dans sa commune.

Mais il est possible d'assigner au terme de « compétence » une signification plus étroite. Dans cette optique, le mot de compétence désigne essentiellement le pouvoir du fonctionnaire de faire des actes d'ordre juridique (décisions unilatérales ou contrats).

Cette signification plus étroite est celle que nous retiendrons (3). L'étude de l'aptitude à créer des actes juridiques soulève en effet plus de problèmes que le pouvoir d'accomplir des opérations n'ayant par le caractère juridique. Sans doute ne faut-il pas sous-estimer l'intérêt d'une étude qui s'attacherait à cerner les contours des pouvoirs reconnus aux différents fonctionnaires. Il est certain, en effet, que les opérations matérielles ou intellectuelles accomplies par les agents publics mériteraient d'être précisées. Notamment, il serait intéressant d'examiner comment se répartissent les tâches entre les différentes branches de l'administration. Mais, outre que cette étude ressortirait plus à la science administrative qu'au droit administratif, elle nous conduirait à méconnaître l'importance du phénomène qui aboutit à la création d'actes juridiques.

Aussi convient-il de restreindre notre étude à la compétence entendue comme un pouvoir d'accomplir des actes juridiques unilatéraux (4).

La compétence ainsi définie se doit d'être opposée à des notions voisines ou étrangères. Cette confrontation permettra de limiter le champ de notre étude.

Définir la compétence comme une aptitude à édicter des actes juridiques unilatéraux permet d'opposer cette notion à celle de pouvoir. La distinction semble à première vue délicate du fait de l'apparente synonymie des deux termes. De plus, la notion de pouvoir est essentiellement équivoque. Certains auteurs parlent de pouvoir hiérarchique pour qualifier l'aptitude dont est investi le supérieur à donner des ordres à ses inférieurs. De la même façon, on parle communément de pouvoir disciplinaire, de pouvoir réglementaire, voire même de pouvoir exécutif. Le terme « pouvoir »

(3) Il importe toutefois de préciser que c'est la Compétence en matière d'actes unilatéraux que nous nous proposons d'étudier.

(4) A ce sujet il est permis de déplorer la pauvreté de notre langue juridique. Le fait que le terme « compétence » revête deux significations distinctes, prête nécessairement à équivoque. Aussi conviendrait-il de parler « d'attribution » pour les activités non juridiques réservant le terme de « compétence » au pouvoir de créer des actes juridiques.

qualifie de ce fait des aptitudes profondément différentes puisque certaines produisent seulement effet dans la sphère de l'ordre intérieur (ainsi en est-il du pouvoir d'instruction) alors que d'autres se répercutent essentiellement dans le domaine de la légalité générale (tel le pouvoir réglementaire).

Le terme « compétence » revêt au contraire une signification plus précise. Il désigne exclusivement l'aptitude légale à édicter des actes juridiques unilatéraux produisant des effets dans la sphère de la légalité générale. Or, une telle aptitude, dans une telle sphère, constitue l'objet même de notre propos. Il convient donc de s'attacher plus particulièrement au terme de « compétence », à l'exclusion de toute autre dénomination.

La délimitation du champ de notre étude impose une dernière précision. La compétence est le fait d'autorités administratives. Elle confère à l'agent qui en est investi la qualité d'autorité administrative. Dès lors, on pourrait être tenté de dresser un inventaire de chacune des compétences. Dans cette optique, nous serions conduits à préciser l'étendue de la compétence du maire par rapport à celle du préfet. Nous pourrions de même opposer les compétences des autorités décentralisées à celles des autorités centrales. Bref, nous serions amenés à étudier la compétence par rapport à la place de son titulaire dans la hiérarchie administrative.

Tel n'est cependant pas l'objet de cette thèse. En effet, il nous est apparu que la nature intrinsèque de la compétence ne variait pas en fonction de ses titulaires. Son essence est la même qu'elle soit compétence du maire, compétence du ministre ou compétence du chef de service. De la même façon, la compétence est une notion juridique identique qu'elle soit le fait d'organes exécutifs ou d'assemblées délibérantes.

Sans doute dans le cours de nos développements, nous avons volontairement centré notre étude sur la compétence des autorités administratives exécutives. Mais cette délimitation ne procède d'aucune idée préconçue. Elle traduit simplement le souci de limiter nos recherches à un secteur déterminé du droit administratif.

Qu'elle soit le fait d'agents exécutifs ou d'organes délibérants, la notion de compétence reste identique.

En résumé, la compétence apparaît donc comme une notion essentiellement juridique. C'est un pouvoir prévu par un texte, c'est un pouvoir qui aboutit à la création d'actes juridiques unilatéraux valables pour l'universalité des citoyens, ou pour certains d'entre eux.

Il reste à préciser les contours de cette notion. Plus exactement, il importe de dégager l'originalité d'un tel concept. L'affirmation du

caractère juridique de la compétence n'est que l'énonciation d'une vérité d'évidence que n'infirme en rien la comparaison avec la capacité du particulier.

L'autorité administrative dispose-t-elle de plus de pouvoirs que le particulier capable ? La compétence définit-elle un privilège pour l'agent public ou au contraire constitue-t-elle une sujétion que ne connaît pas le simple particulier dans le champ de sa capacité ? Tels sont les problèmes fondamentaux qu'il convient de résoudre.

A cet égard, les positions doctrinales ne permettent pas de trancher définitivement le problème. Pour certains auteurs, la compétence apparaît avant tout comme un privilège de puissance publique. Elle est synonyme de toute puissance, de prérogatives exorbitantes du droit civil. Elle s'analyse en un pouvoir de contraindre les particuliers à l'obéissance.

Ainsi Hauriou (5) distingue les pouvoirs de l'administration des pouvoirs privés. Pour l'éminent auteur, « le droit de l'activité administrative ne s'explique que comme une réglementation des pouvoirs de l'administration devenus droits de puissance publique ... le tout en conflit avec les droits des particuliers, qui sont des pouvoirs privés ».

De même Aucoc, Laferrière, Berthélémy s'accordent pour définir le droit administratif par l'existence d'une prérogative exorbitante du droit commun. Cette conception qui s'insère dans une théorie fondée sur la notion de puissance publique ne rallie pas tous les suffrages.

Dans un remarquable article consacré au critère du droit administratif, M. Rivero (6) critique cette conception. Dans l'esprit de l'éminent auteur, la notion fondamentale de compétence n'est pas synonyme de toute puissance, de prérogatives plus étendues que celles reconnues aux particuliers.

Tout au contraire, M. Rivero insiste sur les restrictions de liberté inhérentes à la notion de compétence. « Pour l'agent public, écrit-il, la compétence définit une obligation; à l'égard de sa compétence il n'est pas libre; renoncer à l'exercer, la déléguer à un autre lui sont également interdit... »

Ainsi, pour M. Rivero, la compétence est plus une charge, une « servitude publique », qu'un privilège.

Prérogative de puissance publique, servitude publique telle est l'alternative. L'intérêt n'en est pas purement académique. L'option

(5) Hauriou, « Précis élémentaire de Droit Administratif », 4e éd., 1938, p. 5.

(6) Rivero, « Existe-t-il un critère du droit administratif », R.D.P., 1953, p. 279 et s.

choisie rejaillit, en effet, sur le critère du droit administratif. Si l'on assigne uniquement à la compétence l'aspect mis en exergue par M. Rivero, le critère tiré de la notion de puissance publique doit être reconsidéré pour faire place à côté de « l'administration impérieuse » à « l'administration ligotée ».

A l'inverse, si l'on met uniquement l'accent sur l'aspect « prérogative » de la notion de compétence, l'idée de puissance publique retrouve toute sa valeur.

La solution d'un tel problème nécessite une étude approfondie du régime de la compétence en matière d'action unilatérale. A cet égard, il convient de dissocier deux plans différents. Notre étude comprendra donc deux titres.

Dans un premier titre, nous nous efforcerons de dégager la nature de la compétence. Nous serons amenés à préciser les contours de cette notion, à en déterminer à la fois les éléments constitutifs et les caractères.

Le deuxième titre sera consacré à l'examen de l'exercice de la compétence. Il nous conduira à préciser les limites jurisprudentielles de l'action administrative.

TITRE PREMIER

LA NATURE DE LA COMPETENCE

L'autorité administrative investie d'une compétence dispose-t-elle d'un droit analogue à celui du particulier sur sa capacité ? La compétence évoque-t-elle l'idée de « prérogative » ou celle de « sujétion » ?

La réponse à ces questions fondamentales nécessite une étude de la nature de la compétence. Cette étude sera divisée en deux chapitres.

Dans le premier chapitre, nous tenterons de préciser les sources de la compétence. Le chapitre second sera consacré à l'étude des caractères de la compétence.

CHAPITRE PREMIER

Les sources de la compétence

Les autorités administratives ne peuvent s'arroger le pouvoir d'édicter des actes juridiques obligatoires pour les particuliers. A la source de toute compétence existe, par principe, un texte constitutionnel ou législatif qui détermine impérativement l'étendue du pouvoir conféré. Cette détermination légale, conséquence du principe de légalité traduit, sur le plan des compétences, l'aspect assujettissement de l'Administration à la loi.

Cependant, ce principe d'habilitation légale, si rigoureux soit-il, souffre des exceptions. Dans deux hypothèses déterminées, l'une particulière, l'autre plus générale, l'autorité administrative agira en dehors de toute détermination légale, en vertu d'un pouvoir « spontané ». Il convient donc successivement de dégager le principe de l'habilitation légale, puis d'examiner les exceptions à cette règle. Avant d'entreprendre une telle étude, il convient cependant de signaler le problème posé par la Constitution de 1958.

En ce qui concerne la détermination des compétences des collectivités locales, la solution ne semble pas faire de doute. En effet, l'article 34 de la Constitution de 1958 inclut, dans le domaine réservé au législateur « la libre administration des collectivités locales, de leur compétence et de leurs ressources ». Sans doute, l'article 34 précise-t-il qu'il ne s'agit là que des « principes fondamentaux » concernant l'organisation des collectivités locales.

Et l'on sait que la notion de « principes fondamentaux » a pu être interprétée en fonction d'une extension du domaine régle-

mentaire (1). Cependant, ce danger peut être écarté pour deux raisons essentielles.

Tout d'abord, la jurisprudence favorable à l'extension du domaine réglementaire ne concerne que certaines matières qui semblent devoir échapper à la compétence du législateur. Dans l'arrêt société Eky il s'agit du domaine des contraventions, dans l'arrêt de Laboulaye, du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales. En aucun cas, elle ne vise la détermination des compétences elles-mêmes.

Ensuite, la compétence des collectivités locales semble être par essence un principe fondamental échappant à toute emprise du pouvoir exécutif. En effet, la détermination des pouvoirs des autorités locales ne peut appartenir qu'au législateur, ne serait-ce que dans le but de sauvegarder le principe de la décentralisation territoriale.

Au contraire, en ce qui concerne la compétence des agents de l'Etat, la solution est plus douteuse. On peut légitimement se demander si la Constitution de 1958 n'est pas venue bouleverser les solutions traditionnelles. La compétence peut-elle désormais être attribuée par un simple texte réglementaire ? Bien que nous penchions pour l'affirmative, l'absence de jurisprudence ne permet pas encore de résoudre définitivement le problème.

Cette précision étant apportée, nous consacrerons une section première au principe de l'habilitation légale, puis nous examinerons dans une deuxième section les exceptions à ce principe.

Section 1

LE PRINCIPE DE L'HABILITATION LEGALE

L'aptitude à édicter des actes juridiques n'est pas le fruit d'une habilitation spontanée. A la source de toute compétence existe un texte législatif. Mais comment ce principe a-t-il été posé, quelles en sont la signification et la portée ? Tels sont les deux problèmes essentiels qu'il convient de résoudre.

(1) C.E. 28 octobre 1960, De Laboulaye, Rec. Lebon, p. 570 ; C.E. 12 février 1960, Société Eky, Rec. Lebon, p. 101.

§ 1. — La position du principe.

Deux importants arrêts du Conseil d'Etat, l'arrêt Sargos, l'arrêt Deguili (2) fixent d'une manière très nette le principe de l'habilitation légale. L'arrêt Sargos insiste sur la nécessité d'une habilitation législative pour la création ou la modification des compétences. L'arrêt Deguili pose le principe que le législateur est seul qualifié pour mettre un terme au pouvoir qu'il a créé.

A. — Le principe de l'habilitation légale et la détermination des compétences : l'arrêt Sargos.

Dans l'arrêt Sargos, le Conseil d'Etat dégage la règle selon laquelle l'autorité administrative est incompétente non seulement pour déterminer mais aussi pour modifier ou restreindre l'ordre des compétences. Au cas d'espèce, il s'agissait de la création par décret d'un comptoir de répartition dénommé Union corporative des résineux. Aux termes du décret du 8 décembre 1940, le directeur du comptoir, chargé d'assurer la répartition des produits forestiers, était investi du pouvoir de prendre des décisions exécutoires. Or, d'après les dispositions de la loi du 15 août 1940, seuls les groupements interprofessionnels forestiers et leur comité central pouvaient être investis de telles compétences.

Le décret constituant un tel organisme était donc illégal à un double titre. Tout d'abord, parce qu'aucun texte de loi n'était venu autoriser l'institution d'un organisme doté, selon les propres termes du Conseil d'Etat, « d'attributions de puissance publique ».

Ensuite, parce qu'une autorité administrative ne pouvait procéder de son propre chef, en dehors de toute habilitation législative, à un transfert de compétences « que les règlements d'application que le Comité central est chargé d'établir en vertu des dispositions de la loi du 13 août 1940 ne peuvent avoir pour objet ou pour conséquence de modifier ou restreindre les attributions ainsi conférées par la loi aux organismes qu'elle a institués ».

L'arrêt Sargos affirme ainsi nettement la suprématie du législateur sur la détermination des compétences. En outre, il a l'avantage d'insister sur le fondement du principe de l'habilitation légale. L'allusion, dans le dernier considérant de l'arrêt, aux pouvoirs du directeur de l'Union corporative des résineux, pouvoirs créateurs de décisions exécutoires vis-à-vis des particuliers, est à ce titre fort

(2) C.E. Sect. 14 mai 1948, Sargos, Rec. Lebon, p. 208 ; S. 1948.3.25 ; 4 juin 1948, Deguili, Rec. Lebon, p. 248 ; du même jour arrêt semblable, Pecout.

instructive. Le principe de la détermination légale des compétences trouve, en effet, son fondement dans le fait que les pouvoirs ainsi dévolus engendrent des décisions obligatoires pour les particuliers. L'assujettissement de la compétence des autorités administratives à la loi traduit le constant souci d'éviter aux particuliers les manifestations arbitraires de la puissance publique. Ainsi l'arrêt Sargos exprime-t-il le caractère conditionné du pouvoir reconnu aux autorités administratives.

Déterminateur exclusif des compétences, le législateur est aussi seul qualifié pour en restreindre la durée.

B. — Le principe de l'habilitation légale et la durée des compétences : l'arrêt Deguili.

Par l'arrêt Deguili, le Conseil d'Etat affirme l'incompétence d'une autorité administrative en ce qui concerne la limitation des pouvoirs d'organismes créés par la loi sans limitation de durée.

Ainsi ne peut-elle contester la compétence d'un comité régional d'épuration des entreprises sous prétexte que celui-ci aurait été saisi après le délai fixé par l'administration.

« Considérant qu'aux termes de l'article 1er de l'ordonnance du 16 octobre 1944, modifiée par l'ordonnance du 29 mars 1945, les mesures restrictives d'activité professionnelle énumérées audit article pourront être prises à l'égard de toutes personnes participant, à quelque titre que ce soit, à la vie d'une entreprise; qu'il résulte tant de la généralité des termes employés dans ce texte que du but poursuivi par le législateur, qui avait en vue la reprise de l'activité économique du pays, que les dispositions précitées sont applicables aux personnes, qui, propriétaires d'une entreprise individuelle, en assurent seules l'exploitation.

« Considérant que, si le décret du 16 octobre 1944 prévoit dans son article 4 que « les comités régionaux et les sections professionnelles doivent être saisis dans le délai d'un mois à compter du jour de l'ouverture de leurs travaux ou de la découverte d'une pièce ou d'un fait nouveau », cette disposition n'a pu avoir légalement pour effet de mettre fin à l'activité des comités régionaux. L'autorité réglementaire étant incompétente pour fixer un terme à l'exercice d'attributions conférées par la loi sans limitation de durée. »

La jurisprudence postérieure aux arrêts Sargos et Deguili confirme les règles précédemment dégagées (3). Significatif est, à cet

(3) C.E. 5 mai 1958, Fédération des syndicats chrétiens des cheminots de France et des territoires d'Outre-Mer, Rec. Lebon, p. 262 ; 6 mars 1959, Syndicat des grandes pharmacies de la région de Paris, Rec. Lebon, p. 886.

égard, l'arrêt du 5 mai 1958, Syndicat professionnel des agents d'affaires à Madagascar (4). Au cas d'espèce, la requête était intentée contre un arrêté du Haut Commissaire de la République française réglementant la profession d'agent d'affaires à Madagascar. En prononçant l'annulation d'un tel arrêté, le Conseil d'Etat relève que « le Haut Commissaire n'aurait pu réglementer... la profession d'agent d'affaires que si une disposition de caractère législatif préalablement intervenue lui en avait conféré le pouvoir ». Et il annule au motif « qu'aucun texte de cette nature applicable à Madagascar à la date de l'arrêté attaqué, ne l'habilitait à prendre de telles mesures ».

L'arrêt Syndicat professionnel des agents d'affaires à Madagascar est intéressant à un double point de vue.

Tout d'abord parce qu'il réaffirme le principe de la détermination légale des compétences. Ensuite parce que la règle dégagée par l'arrêt Syndicat professionnel des agents d'affaires à Madagascar s'applique à une espèce où il s'agissait d'une atteinte portée à la liberté du commerce et de l'industrie. En effet, le principe de l'habilitation légale est d'autant plus rigoureux que l'acte pris en dehors de toute habilitation est susceptible de porter atteinte à une liberté, un droit essentiel des administrés. L'arrêt Société Lucien, Joseph et Cie du 20 mai 1955 (5) illustre une telle affirmation.

Alléguant une épidémie de poliomyélite, le Haut Commissaire de la République à Madagascar interdit tout trafic entre les Iles Maurice et la Réunion, d'une part, et Madagascar, d'autre part. Chargé de se prononcer sur la légalité d'une telle interdiction, le Conseil d'Etat relève « qu'aucune disposition du décret du 27 décembre 1928, pris en exécution de la loi du 3 mars 1822... ne prévoit que l'autorité administrative peut prononcer l'interdiction de tout trafic maritime ou aérien; qu'en l'absence d'un texte l'autorisant *expressément* à édicter cette interdiction, le Haut Commissaire de la République à Madagascar, eu égard à la nature d'une telle mesure et à l'atteinte ainsi portée à la liberté individuelle, n'aurait pu user légalement de ses pouvoirs de police pour prendre les dispositions contestées qu'en cas de péril imminent et d'une exceptionnelle gravité ».

L'allusion ainsi faite à une autorisation expresse, s'agissant d'une limite apportée à la liberté d'aller et de venir, semble devoir corroborer la règle précédemment dégagée. Il se produit, de ce fait une sorte de liaison entre la détermination de la compétence et la nature de l'acte pris en vertu d'une telle compétence. Ce rapport

(4) Rec. Lebon, p. 261.
(5) Rec. Lebon, p. 276.

n'a rien d'étonnant. Le principe de l'habilitation légale est, en effet, destiné à protéger les administrés contre les risques d'arbitraire de l'administration. Dans le domaine des libertés publiques, cette protection s'avère particulièrement indispensable. Il semble donc normal, d'exiger, en cette matière, un respect rigoureux du principe de la détermination légale des compétences, une autorisation expresse, et non tacite (sauf bien entendu, à réserver l'hypothèse des circonstances exceptionnelles).

Le législateur apparaît donc, en définitive, comme le déterminateur exclusif des compétences des autorités administratives. Cette suprématie est telle qu'elle aboutit, au cas d'imprécision de la loi, à scruter l'intention du législateur telle qu'elle ressort des travaux préparatoires (6). Mais dans l'hypothèse où la volonté du législateur apparaît clairement, les rapports précédant une loi sont dépourvus de toute portée... « Les indications dudit rapport ne sauraient avoir pour effet de limiter les pouvoirs conférés à l'administration par le texte lui-même » (7).

Traduction de la subordination de l'administration à la loi, le principe de la détermination légale des compétences semble donc bien établi « La compétence d'un agent résulte de la loi » (8).

Le principe étant posé, il nous reste à préciser quelle en est la signification.

§ 2. — Signification du principe.

Insister sur la signification du principe de l'habilitation légale peut, à première vue, sembler superflu. L'exigence, à la source de toute compétence, d'un texte constitutionnel ou législatif ne semble, en effet, soulever aucune difficulté particulière d'interprétation. La compétence serait une aptitude légale à décider.

En réalité, le problème est plus complexe qu'il ne paraît. La difficulté tient au fait que le principe de la détermination légale des compétences peut revêtir une triple signification selon la précision ou l'imprécision de la loi.

A. — Le législateur peut tout d'abord dicter impérativement la conduite de l'administrateur. La loi prévoit que si telles conditions sont réunies, l'autorité administrative devra obligatoirement agir dans le sens qu'elle a préalablement déterminé. Il s'agit d'une hypothèse où la compétence n'est que la stricte exécution du support

(6) C.E. 22 juin 1933, Ministre du Commerce, Rec. Lebon, p. 603.
(7) C.E. 30 mai 1947, Le Marhadou, Rec. Lebon, p. 224.
(8) Waline, *op. cit.*, p. 418.

légal. L'agent public ne dispose ni de la liberté d'agir ou de ne pas agir ni de la liberté de choisir le contenu et les motifs de son acte. La compétence peut se définir comme « une obligation d'agir ou de s'abstenir et, en cas d'action, d'agir dans un sens déterminé » (9).

Dans cette hypothèse correspondant à la notion traditionnelle de compétence liée, le pouvoir de créer des actes juridiques est étroitement fonction de la détermination légale. Ainsi la loi du 3 mai 1844 oblige l'autorité administrative à délivrer le permis de chasse au postulant qui remplit les conditions prévues (10). L'administration doit agir quelles que soient les raisons qu'elle pourrait légitimement invoquer pour motiver un refus. La jurisprudence sanctionne l'inaction de l'administration non seulement sur le terrain de l'illégalité mais aussi sur celui de la responsabilité. La méconnaissance d'une compétence liée constitue toujours une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat. C'est ainsi que dans l'arrêt Van Outryve, du 6 juillet 1934 (11), le Conseil d'Etat a sanctionné le comportement du ministre des Finances qui avait par mesure générale retardé de six mois l'exécution d'une loi et donc « méconnu l'obligation qui s'imposait à lui d'une application de la loi dans les délais prévus » et décidé, en conséquence, que l'attitude du ministre engageait la responsabilité de l'Etat.

On constate donc que l'administration ne possède ni la liberté de décider de son action ou de son abstention ni celle de choisir le contenu de son acte.

La compétence est dès lors strictement conditionnée par l'existence du support légal. Le principe de la détermination légale des compétences ne laisse subsister aucune liberté au profit de l'autorité administrative.

B. — Mais le support légal n'est pas toujours aussi rigoureux. Dans la plupart des cas, le législateur se contente de préciser que l'autorité administrative « peut » agir quand les conditions nécessaires à son action sont réunies. Mais s'il n'oblige pas l'administration à agir, il détermine cependant avec suffisamment de précision les motifs sur lesquels les décisions administratives devront automatiquement se fonder. Dans cette hypothèse, la compétence est à la fois discrétionnaire et liée. Elle est discrétionnaire quant au principe de l'action ou de l'abstention. Le législateur n'oblige pas l'autorité administrative à agir ou à s'abstenir. Mais si l'administration se décide à agir, elle ne pourra le faire que pour les motifs énumérés par la loi. La loi du 5 avril 1884 investit ainsi l'autorité municipale

(9) B. KORNPROBST, « La compétence liée », R.D.P. 1961, p. 941.
(10) C.E. 13 novembre 1946, Letendard, Rec. Lebon, p. 268.
(11) D. 1934.513 ; S. 1934.3.116.

à la fois d'une compétence discrétionnaire et d'une compétence liée. Le maire « peut » agir ou s'abstenir mais il ne peut agir que pour des motifs réels d'ordre public. La compétence est donc une possibilité d'action ou d'abstention mais aussi une obligation de se décider pour les motifs énoncés par la loi.

Cependant il importe de préciser que, même dans cette hypothèse, la compétence de l'autorité administrative quant au choix entre l'action et l'abstention n'est pas totalement discrétionnaire. La juridiction administrative vient, en effet, sanctionner l'inaction de l'administration.

Dans la plupart des cas la sanction consiste dans la mise en œuvre de la responsabilité de l'administration. L'abstention peut constituer une faute susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique. Si les conditions prévues par la loi sont réunies, l'autorité administrative a le devoir d'agir afin d'éviter la réalisation d'un dommage. L'exercice de la compétence n'est pas un privilège, mais une charge nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public. Aussi la jurisprudence sanctionne-t-elle les inactions de l'administration. C'est ainsi que dans un arrêt Garcin du 23 janvier 1931 (12) le Conseil d'Etat a condamné un préfet qui avait omis d'ordonner le placement dans un asile d'un aliéné dangereux. De même, de nombreuses omissions et négligences dans les mesures de protection en vue d'assurer la sécurité des personnes ont été sanctionnées (13).

Or, il faut bien voir que si l'administration est condamnée pour inaction fautive, c'est que le Conseil d'Etat lui reconnaît implicitement l'obligation d'agir. Si en effet, on définit la faute comme un manquement à une obligation légale préexistante, la mise en œuvre de la responsabilité pour faute du service signifie que le service devait se montrer vigilant, qu'il devait agir pour prévenir la réalisation du dommage.

Comme le souligne pertinemment Duez (14) « reconnaître que le service en n'agissant pas, peut commettre une faute, c'est dire que le service était obligé d'agir et qu'il doit réparer pécuniairement les conséquences de son inaction... ».

Mais la mise en œuvre de la responsabilité pour faute ne limite qu'indirectement la liberté d'action de l'administration. Si la juridiction administrative accorde des dommages-intérêts pour inaction fautive, elle n'annule pas le refus d'action opposé par l'autorité

(12) D. 1931.3.17, concl. Latournerie.

(13) C.E. 20 mars 1929 Chauveau, Rec. Lebon, p. 232 ; De Bony, 27 janvier 1933, Rec. Lebon, p. 135 ; Dame Rivoal, 14 juin 1933, Rec. Lebon, p. 630.

(14) « La responsabilité de la puissance publique en dehors du contrat », p. 29.

administrative à une demande émanant d'un particulier. Il fallut attendre l'arrêt Doublet du 23 octobre 1959 (15) pour que la juridiction administrative reconnaisse dans certaines conditions l'existence d'une obligation légale de réglementer mise à la charge de l'autorité de police. « Considérant que le refus opposé par un maire à une demande tendant à ce qu'il fasse usage des pouvoirs de police à lui conférés par l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 n'est entaché d'illégalité que dans le cas où, à raison de la gravité du péril résultant d'une situation particulièrement dangereuse pour le bon ordre, la sécurité ou la salubrité publiques, cette autorité, en n'ordonnant pas les mesures indispensables pour faire cesser ce péril grave, méconnaît ses obligations légales ».

« Dans son arrêt du 23 octobre 1959, le Conseil d'Etat a fondamentalement modifié sa jurisprudence traditionnelle. Il apparaît que le refus opposé par le maire à une demande tendant à ce qu'il fasse usage des pouvoirs réglementaires en matière de police, qui lui sont conférés par l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, peut être annulé par la voie du recours pour excès de pouvoir, car il y a méconnaissance d'une obligation légale. » (16).

Au cas d'espèce, le Conseil d'Etat restreint donc la compétence discrétionnaire du maire. Ce dernier n'a plus la possibilité d'agir ou de ne pas agir. Il est légalement tenu d'utiliser son pouvoir réglementaire. Mais cette obligation légale ne vaut que dans l'hypothèse où « en s'abstenant d'user de son pouvoir, cette autorité méconnaîtrait les exigences les plus élémentaires ou les plus essentielles de la protection de l'ordre public et manquerait en définitive manifestement et gravement à sa mission... Mais dans toutes les autres hypothèses il semble nécessaire de reconnaître à l'autorité de police le pouvoir d'apprécier si elle doit ou non user de son pouvoir réglementaire, la question se posant alors pour une très large part en termes d'opportunité » (17).

Dans cette seconde hypothèse, on constate donc que le législateur reconnaît l'existence d'un pouvoir qui possède certaines particularités de la compétence discrétionnaire mais aussi certains traits fondamentaux de la compétence liée. La compétence est discrétionnaire car la loi n'oblige pas l'agent public à utiliser sa compétence sauf à réserver l'hypothèse de l'arrêt Doublet où le Conseil d'Etat met à la charge de l'autorité administrative une obligation d'agir sanctionnée par l'annulation du refus. Mais la com-

(15) D. 1960.J.191, note Lavroff, concl. A. Bernard à la R.D.P. 1959, p. 1235.
(16) Note Lavroff au D. 1960.J.194.
(17) Concl. A. Bernard à la R.D.P. 1959, p. 1240.

pétence est liée car le législateur a pris soin d'énumérer les motifs pour lesquels l'autorité administrative pourra agir.

C. — Enfin, la dernière hypothèse est celle où l'habilitation légale est extrêmement vague. Le législateur se contente de préciser que l'autorité administrative « pourra » prendre telle décision sans énumérer les motifs qui doivent guider son action.

L'administration possède alors à la fois la liberté de décider et la liberté de se déterminer pour le motif qu'elle juge le plus opportun. Sa compétence se définit alors comme une faculté d'action ou d'abstention et en cas d'action comme une possibilité de se décider pour un motif non prévu par la loi. Pour la majorité des auteurs, cette définition correspond à celle du pouvoir discrétionnaire. Ainsi pour M. Giraud (18), « Il y a pouvoir discrétionnaire pour l'administration lorsque celle-ci n'est pas obligée par la loi d'adopter une attitude déterminée. Elle a le choix entre l'action et l'abstention ou si elle agit, elle a le choix entre diverses décisions. » De même pour le Doyen Bonnard (19) : il y a pouvoir discrétionnaire lorsque la loi n'énonce pas les motifs pour lesquels l'autorité administrative pourra exercer sa compétence. Ainsi, dans les cas d'indétermination légale, il y aurait toujours compétence discrétionnaire. La liberté de l'administration serait foncièrement dépendante de la réglementation législative.

On constate donc que selon l'importance ou la faiblesse du support légal, la compétence peut revêtir une triple signification. Elle n'est pas uniquement discrétionnaire ou uniquement liée. Il existe un degré intermédiaire où l'administration possède la liberté d'agir ou de s'abstenir mais où, en cas d'action, elle ne peut se déterminer que pour un motif prévu par la loi.

D'une manière générale, le législateur préside à la détermination des compétences. Il fixe la marge de liberté dont est investie l'autorité administrative. La signification que recouvre le terme de « compétence » est fonction de la précision ou de l'imprécision du support légal.

Cependant, il importe de préciser que si la définition de la compétence dépend des termes de la loi, cette dépendance n'est pas pour autant totale. Notamment, le pouvoir discrétionnaire ne se définit pas uniquement par rapport à la réglementation législative. Dans la dernière hypothèse, celle où la loi n'énonce pas les motifs ou ne les énonce que d'une façon tout à fait générale, il n'y a pas

(18) GIRAUD, « Etude sur la notion du pouvoir discrétionnaire », Revue générale d'administration 1924, p. 193.

(19) BONNARD, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », R.D.P. 1923, p. 363. *Contra* VÉNÉZIA, « Le pouvoir discrétionnaire », L.G.D.J. 1958.

pour autant pouvoir discrétionnaire. Nous verrons ultérieurement (20) que si l'indétermination législative constitue une présomption de pouvoir discrétionnaire, cette présomption n'est pas irréfragable. Nous serons de ce fait amenés à constater l'insuffisance des théories qui font du problème du pouvoir discrétionnaire un problème de rapports entre l'administration et la loi.

Le principe et la portée de la détermination légale des compétences étant précisées, il convient à présent d'en examiner les exceptions. Tel sera l'objet d'une seconde section.

Section 2

LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE L'HABILITATION LEGALE

Sous cette rubrique, nous entendons étudier essentiellement les hypothèses où en période normale une autorité administrative se voit reconnaître le pouvoir d'émettre des actes juridiques obligatoires pour les administrés alors qu'aucune disposition législative ne vient explicitement ou implicitement, directement ou indirectement fonder un tel pouvoir.

Cette précision nous permet d'exclure du champ de notre étude :

1) Tout d'abord, les circonstances exceptionnelles. En effet, parmi les nombreuses applications de l'idée de circonstances exceptionnelles dans le domaine de la compétence des autorités administratives, il importe de signaler les attributions de compétence en dehors de tout texte dont l'arrêt Heyriès fournit un remarquable exemple (21). Mais les circonstances exceptionnelles nécessitent à elles seules une étude particulière. Elles ne s'intègrent pas, sinon comme exception, dans une étude consacrée à la compétence des autorités administratives.

2) Ensuite, la précision susmentionnée emporte exclusion des réglements relatifs à l'organisation et au fonctionnement des services publics. En effet, l'ensemble de la doctrine (22), ainsi que la jurisprudence du Conseil d'Etat reconnaissent au chef de l'exé-

(20) Voir *infra*, Titre II « L'exercice des compétences ».

(21) C.E. 28 juin 1919, Heyriès, S. 1922.III.49, note Hauriou.

(22) Hauriou, « Précis de droit administratif », 9e éd., p. 87 ; Esmein et Nezard, « Eléments de droit constitutionnel », 8e éd., t. 2, p. 76 et s. ; Waline, *op. cit.*, p. 112.

cutif le droit de réglementer, par des décrets spontanés, l'organisation et le fonctionnement des services publics.

Un arrêt du 19 février 1904, « Chambre syndicale des fabricants constructeurs de matériels pour chemin de fer et tramways » (23) a validé, en dehors de toute habilitation, la création par le Président de la République, des conseils du travail.

De la même façon, un arrêt du 4 mai 1906, Babin (24) décide que le chef de l'Etat, en dehors de toute habilitation légale, possède le droit de régler et de modifier par décret l'état des fonctionnaires. D'une manière plus générale, l'arrêt Jamart du 7 février 1936 (25) est venu reconnaître que la qualité légale de chef de service comporte nécessairement et par elle-même un droit de réglementation autonome : « Même dans le cas où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire, il leur appartient, comme à tout chef de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité. »

Cependant, ce pouvoir « spontané » de réglementation ne nous intéresse pas au premier chef. En effet, nous avons volontairement centré notre étude sur la nature de la compétence entendue comme un pouvoir se répercutant sur les administrés. Or, les arrêts précités concernent essentiellement des hypothèses où le pouvoir de réglementation ne crée pas d'obligations nouvelles pour les tiers. Comme le fait remarquer le commissaire du gouvernement Romieu dans ses conclusions sous l'arrêt précité « Chambre syndicale des fabricants constructeurs de matériel pour chemins de fer et tramways », « le gouvernement peut toujours prendre les mesures d'administration qu'il croit nécessaires à l'intérêt général du moment qu'il n'impose d'obligations à personne, qu'il ne porte atteinte à aucun droit ».

Il apparaît, en définitive, nécessaire d'exclure du champ de notre étude consacrée aux pouvoirs dans la légalité générale, le pouvoir de réglementation et d'organisation autonome des services publics.

Ces précisions étant apportées, il existe néanmoins deux hypothèses où les pouvoirs des autorités administratives s'exercent en dehors de toute investiture légale ou constitutionnelle. La première hypothèse concerne le cas particulier du pouvoir réglementaire de l'Office des changes. La seconde, plus générale, a trait au pouvoir du chef de l'exécutif de faire des réglements de police.

(23) S. 1906.3.75, concl. Romieu.
(24) Rec. Lebon, p. 365.
(25) S. 1937.3.113.

§ 1. — Le pouvoir réglementaire de l'Office des changes : l'arrêt Dame Calderon.

Aux termes d'un décret du 15 juillet 1947 (27), l'Office des changes apparaît comme un établissement public dont la fonction consiste à prolonger l'action du ministre des Finances. A ce titre, un double pouvoir de décision lui appartient : « il peut délivrer des autorisations particulières ou générales » (art. 63 du décret) et il reçoit ainsi compétence pour édicter les modalités de la réglementation des changes et du commerce extérieur, par voie « d'avis » à portée générale, publiés au « *Journal Officiel* ». Ces « avis », en apparence anodins, constituent en réalité de véritables actes réglementaires ayant effet sur les particuliers, c'est-à-dire « dès l'instant que l'office des changes est libre de délivrer des autorisations générales de commerce avec l'étranger il peut accorder une autorisation sous condition; et, dans les conditions qu'il met à cette autorisation, il peut insérer une véritable réglementation de l'importation » (28).

Or, ce pouvoir réglementaire s'exerçant sur les particuliers était conféré par un simple décret et non par un texte constitutionnel ou législatif, il importait donc de savoir si le Conseil d'Etat allait avaliser une telle habilitation.

Saisi d'un recours dirigé contre une décision de l'Office des changes, relative à la réquisition d'une barre d'or, le Conseil d'Etat a admis la compétence réglementaire de l'Office des changes. Pour rejeter la requête de la dame Calderon, la haute juridiction administrative s'est fondée sur l'existence d'un décret du 4 juin 1946 autorisant le gouvernement à déléguer son pouvoir réglementaire à l'Office des changes « que le gouvernement n'a pas dépassé les pouvoirs qui lui étaient ainsi dévolus en chargeant l'Office des changes, par le décret du 4 juin 1946, de fixer les délais et les modalités de cette réquisition... ».

La légalité d'un tel procédé est pour le moins douteuse. En effet, « une délégation du pouvoir réglementaire est assez insolite dans notre droit public » (29). Si, conformément à la jurisprudence Mogambury (30), une délégation peut être opérée par décret, ce n'est que dans l'hypothèse où la compétence s'exerçant à l'intérieur

(26) C.E. Sect., 12 novembre 1954, Rec. Lebon, p. 587 ; R.D.P. 1955, p. 391, note Waline.
(27) D. 1947.265.
(28) Waline, R.D.P. 1955, p. 392.
(29) Waline, *loc. cit.*, p. 392.
(30) C.E. 2 décembre 1892, S. 1894.III.97, concl. Romieu, note Hauriou.

de l'administration ne constitue qu'une « modalité dans la répartition des fonctions publiques » (31). A l'inverse, si les règles de compétence constituent une garantie pour les particuliers, la délégation ne peut être effectuée qu'en vertu d'un texte législatif ou *a fortiori* constitutionnel (32).

De plus, même dans l'hypothèse de l'arrêt Mogambury, le droit de délégation exercé par le chef de l'exécutif peut être limité par les lois ordinaires. « Si en effet, la loi effectue, elle-même, la répartition des fonctions entre diverses autorités, ce serait aller contre le vœu du législateur que de modifier cette répartition et de déléguer les pouvoirs de ces autorités de l'une à l'autre; de même, si le législateur a établi lui-même des règles relatives à la délégation des fonctions, ces dispositions feront obstacle à ce que le pouvoir exécutif règle cette délégation dans d'autres conditions. » (33).

Or, dans l'arrêt Calderon, une loi du 26 décembre 1945, avait elle-même procédé à la répartition du pouvoir réglementaire entre les trois principaux ministres intéressés. La légalité d'une telle délégation opérée par décret semble dès lors particulièrement douteuse.

Quoi qu'il en soit, il importe de souligner à l'instar de M. Waline que « c'est la première fois qu'un pouvoir réglementaire s'exerçant sur le public est conféré par un simple décret, et non par la loi ou la constitution ». Le principe de la détermination légale des compétences souffre donc une exception notable.

L'importance d'une telle dérogation est, en outre, rehaussée par deux considérations. Tout d'abord, le pouvoir réglementaire ainsi conféré par décret n'est pas exercé par une personne physique déterminée. Il est donné « anonymement » à une personne morale. L'office des changes. De plus, les « Avis » publiés au « *Journal Officiel* » ne sont même pas signés.

Enfin et dans l'hypothèse où le titulaire d'un tel pouvoir serait le directeur de l'office des changes, il n'en reste pas moins qu'il est assez exceptionnel de voir un fonctionnaire sans responsabilité politique investi du pouvoir réglementaire. En effet, les détenteurs traditionnels de ce pouvoir n'étaient jusqu'à présent que des personnages politiques dont la responsabilité pouvait soit directement, soit indirectement (pour les préfets, notamment) être engagée. Il en résultait bien évidemment une garantie supplémentaire pour les administrés. La collation du pouvoir réglementaire à un véritable technocrate risque donc fort d'amenuiser cette garantie.

(31) Romieu, conclusions précitées.

(32) C.E. 1er février 1946, Leriot, Rec. Lebon, p. 31 ; S. 1946.III.39 et la note.

(33) Romieu, conclusions précitées.

En résumé, nous ne pouvons que souscrire à l'opinion de M. Quermonne (34) constatant « que de plus en plus l'on assiste au développement d'un pouvoir réglementaire délégué dont bénéficient des organismes techniques politiquement irresponsables. C'est là une des caractéristiques de notre époque que James Burnham a brillamment systématisé dans l'ère des organisateurs ».

Outre cette hypothèse particulière, le principe de la détermination légale des compétences souffre une exception plus générale. Elle a trait aux pouvoirs du chef de l'Exécutif de faire des règlements de police.

§ 2. — Le pouvoir du chef de l'Exécutif de faire des règlements de police : l'arrêt Labonne (35).

L'exception au principe du titre légal résulte, en matière de police, d'un arrêt du 8 août 1919, Labonne. Il convient donc en premier lieu d'en dégager la signification et la portée. Puis nous serons conduits à dégager les controverses doctrinales intervenues autour de l'arrêt Labonne avant de proposer une explication au pouvoir « spontané » du chef de l'Exécutif de faire des règlements de police.

1. — Signification et portée de l'arrêt Labonne.

Le président de la République avait édicté par décret du 10 mars 1899 l'interdiction de circuler en automobile sans permis. A l'occasion d'un retrait de permis de conduire qui lui avait été infligé, le sieur Labonne contesta devant le Conseil d'Etat la légalité du décret de 1899. Pour ce faire, le requérant soutenait que si des lois particulières avaient conféré aux autorités départementales et municipales le pouvoir de réglementer la circulation automobile dans leur territoire respectif, aucun texte n'avait habilité le président de la République à prendre de telles mesures pour l'ensemble du territoire.

Le Conseil d'Etat rejeta néanmoins cette argumentation en décidant « qu'il appartient au chef de l'Etat, en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres de déterminer celles des mesures de police qui doivent en tout état de cause être appliquées dans l'ensemble du territoire, étant bien entendu que les autorités susmentionnées conservent, chacune en

(34) Note Quermonne sous C.E. 28 février 1951 et 28 mars 1952, Sté Commentry ; Sté des Etablis. Ricolens ; Sté Mackain, D. 1952.456.

(35) C.E. 8 août 1919, Rec. Lebon, p. 737.

ce qui la concerne, compétence pleine et entière pour ajouter à la réglementation générale édictée par le chef de l'Etat toutes les prescriptions réglementaires supplémentaires que l'intérêt public peut commander dans la localité ».

L'arrêt Labonne investit donc le Président de la République d'un pouvoir réglementaire ne résultant d'aucune « délégation législative » : pouvoir réglementaire s'exerçant vis-à-vis des particuliers, créateur de ce fait d'obligations juridiques nouvelles (par opposition au pouvoir du Président de la République de réglementer, par des décrets spontanés, l'organisation et le fonctionnement des services publics).

De plus, cette compétence est conférée au chef de l'Exécutif en dehors de toutes circonstances exceptionnelles. C'est donc une mission générale de police qui appartient au Président de la République en dehors de tout texte, sous la seule réserve que les autorités départementales et municipales conservent « compétence pleine et entière pour ajouter à la réglementation générale édictée par le chef de l'Etat toutes les prescriptions réglementaires supplémentaires que l'intérêt public peut commander dans la localité ».

L'arrêt Labonne consacre donc le principe très général que le chef de l'Etat peut en dehors de toute habilitation législative, faire des règlements dans les matières de police pour toute l'étendue du territoire.

En présence de cette dérogation au principe de détermination légale des compétences, on peut se demander d'où le Président de la République tenait de tels pouvoirs qu'aucune loi spéciale ne lui avait conférés. Pour résoudre ce problème, la doctrine a imaginé essentiellement deux théories qu'il convient à présent d'exposer.

2. — Controverses doctrinales.

Une partie de la doctrine et notamment Jèze (36) rattache ces pouvoirs propres à la mission générale d'exécution des lois dont le chef de l'Etat peut, en dehors de toute habilitation législative, faire 25 février 1875.

Commentant l'arrêt du 19 février 1904, Chambre syndicale des fabricants et constructeurs de matériels pour chemins de fer et tramways, Jèze fait découler le pouvoir réglementaire du Président de la République des dispositions de l'article 3 alinéa 1er de la loi du 25 février 1875 tout en précisant que « le Président de la République est tenu de respecter une double limite qui découle de

(36) R.D.P. 1904, p. 97 et suiv.

la nature juridique du règlement : 1° ne contrevenir à aucune loi, 2° ne pas réglementer une matière réservée au législateur » et il conclut à l'étroite subordination du règlement à la loi. « Par sa nature, le règlement ne peut servir qu'à assurer l'exécution des lois. »

De même, M. Vedel est partisan du rattachement constitutionnel des pouvoirs propres du chef de l'Etat (37). Son argumentation se fonde essentiellement sur un des visas de l'arrêt Labonne : vu la loi constitutionnelle du 25 février 1875. « Or, dans cette partie de la Constitution de 1875, un seul article peut se rapporter à la question; c'est l'article 3 de la loi constitutionnelle précitée qui dispose : le Président de la République surveille et assure l'exécution des lois. Il s'ensuit donc que la mission d'exécution des lois ne se limite pas à l'exécution de chaque loi, mais comporte une tâche générale de maintien de l'ordre public. Cette mission est donnée à l'exécutif une fois pour toutes, dans la Constitution, et n'a pas à être rappelée par des lois particulières. » Par là même M. Vedel, à la différence de Jèze, donne à l'expression « exécution des lois » son sens le plus large : mission générale de maintien de l'ordre public.

Cette première explication est-elle satisfaisante ? A ce sujet, il faut semble-t-il distinguer entre les opinions émises par Jèze et celles dégagées par M. Vedel.

Jèze fonde, en effet, le pouvoir du chef de l'Etat sur le texte constitutionnel qui confie au gouvernement le soin d'assurer l'exécution des lois. Et il se montre partisan de l'interprétation littérale de l'article 3 alinéa 1er de la loi du 25 février 1875. Cette première explication est dès lors nettement insuffisante quand on se trouve en présence de services nouveaux créés par décret, sans qu'aucune loi antérieure fournisse la base de cette mesure. Il en est de même, en matière de mesures de police. Telle est, en effet, l'hypothèse de l'arrêt Labonne. La création, par décret du 10 mars 1899, du permis de conduire ne constitue pas l'exécution d'une loi puisque ce décret ne contient en aucune façon le visa d'un texte législatif auquel il pourrait se rattacher. Comme le fait justement remarquer M. de Laubadère (38), cette première théorie « serait suffisante à elle seule si l'on admettait que les règlements sont purement et simplement des actes administratifs; on pourrait alors concevoir que le texte qui confie au gouvernement le soin d'assurer l'exécution des lois lui octroyant par là même la fonction dite exécutive ou administrative, le pouvoir réglementaire se rattache tout naturellement

(37) Vedel, « Droit Administratif », 1958, T. 1, p. 13 ; Les bases constitutionnelles du Droit Administratif : Etudes et Documents, 1954, p. 22.

(38) Laubadère, *op. cit.*, p. 188.

à cette fonction; mais si l'on admet que le pouvoir réglementaire fait partie, quant à sa nature matérielle de la fonction législative, des textes tels que l'article 3 de la Constitution de 1875 ou de l'article 47 de la Constitution de 1946 ne fournissent plus une explication suffisante parce que les règlements ne consistent pas toujours à développer, donc à exécuter littéralement des lois antérieures ».

De plus, il ne semble pas que la loi constitutionnelle puisse fonder à elle seule le pouvoir juridique du Président de la République. En effet, l'article 3 alinéa 1er de la loi du 25 février 1875 ne mentionne nullement, du moins en termes clairs et expres, l'existence d'un tel pouvoir au profit du chef de l'Etat. Dès lors, et en l'absence d'une habilitation précise, la théorie rattachant les pouvoirs propres du chef de l'Exécutif à la mission générale d'exécution des lois ne nous semble pas pouvoir être retenue.

La théorie développée par M. Vedel semble, à première vue, plus séduisante. Assignant à l'expression « exécution des lois » sa signification la plus large, M. Vedel déduit de l'article 3 de la loi constitutionnelle un pouvoir général de maintien de l'ordre public : « l'exécution des lois étant plus que l'exécution de chaque loi » (39). Mais justement, le pouvoir général ne résulte pas directement du texte constitutionnel. Tout au plus peut-on affirmer qu'il y est impliqué. C'est essentiellement la jurisprudence qui a interprété l'article 3 de la loi du 25 février 1875 comme comportant une mission générale de maintien de l'ordre public. Comme le fait remarquer M. Waline à propos de l'arrêt Labonne, « le Conseil d'Etat a très vraisemblablement songé à l'article 3 de cette loi... Il a considéré que ce pouvoir comportait celui de déterminer celles des mesures de police qui doivent, en tout état de cause être appliquées dans l'ensemble du territoire » (40).

De même c'est en vertu d'une interprétation jurisprudentielle de l'article 3 que des larges pouvoirs ont été reconnus au Président de la République pour assurer le fonctionnement correct des services publics (41). Annotant l'arrêt Heyriès, Hauriou parle même d'une interprétation constitutionnelle constructive.

On voit donc que les pouvoirs propres reconnus au chef de l'Etat par l'arrêt Labonne ne peuvent résulter directement d'une disposition de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. L'habilitation n'est, en ce domaine, ni législative ni constitutionnelle, mais purement et simplement jurisprudentielle.

(39) VEDEL, *op. cit.*, p. 14.
(40) WALINE, *op. cit.*, p. 114.
(41) C.E. 28 juin 1919, Heyriès, S. 1922.III.49, note Hauriou.

A l'opposé de MM. Jèze et Vedel, des auteurs comme Duguit, Moreau, Réglade, Rolland, invoquent comme fondement juridique de ces pouvoirs propres l'existence d'une coutume constitutionnelle qui aurait pour effet d'en assurer la validité. Ainsi Duguit écrit : « la compétence pour faire spontanément ces règlements autonomes sur l'organisation et le fonctionnement des services publics est incontestable, nous ne voyons pas d'autre moyen de l'expliquer que de dire qu'il y a là l'application d'une règle de droit coutumier constitutionnel » (42). De même, Réglade (43) s'efforce-t-il de démontrer le caractère coutumier du pouvoir de réglementation autonome du chef de l'Etat. Considérant la coutume constitutionnelle comme « venant déroger au principe rigide de la séparation des pouvoirs », l'auteur fait état d'un certain nombre d'usages, de pratiques favorables à la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire autonome. Assurément, sous les anciennes constitutions, le chef de l'Etat jouissait incontestablement de ce pouvoir et la Cour de cassation l'a reconnu plusieurs fois (44). Il n'en reste pas moins que cette explication par la coutume ne nous semble pas pleinement satisfaisante. Tout d'abord, et d'une manière générale, le caractère créateur de la coutume dans un pays à constitution écrite rigide est fortement contesté. La Constitution de 1875 étant une Constitution rigide dont les dispositions ne pouvaient être modifiées qu'en observant la procédure spéciale de révision, il en résultait que le rôle de la coutume était considérablement restreint. Encore fallait-il admettre comme le fait remarquer M. Laferrière (45) « la possibilité de l'établissement de règles constitutionnelles coutumières nouvelles, c'est-à-dire qui, n'étant pas simplement l'interprétation ou la déduction des règles déjà formulées par les lois de 1875, seraient venues les compléter ou y ajouter ». Tout au plus, M. Laferrière estime-t-il que la coutume ou la tradition peuvent être considérées comme un moyen d'interprétation de la Constitution de 1875. Telle est d'ailleurs l'opinion de M. de Laubadère qui admet que « la coutume peut au moins servir à interpréter les textes constitutionnels dans tel ou tel sens » (46).

Enfin, et d'une manière plus spéciale, l'argumentation retenue par Réglade ne nous semble pas pleinement convaincante.

(42) Duguit, *Droit constitutionnel*, T. II, p. 471.

(43) Réglade, *La coutume en droit public interne*, thèse Bordeaux, 1919, p. 214 et suiv.

(44) Cass. crim. 17 avril 1856, S. 1856.I.147, 22 juillet 1875 (Bulletin crim, n° 233).

(45) Laferrière, « La coutume constitutionnelle », R.D.P. 1944, p. 31.

(46) Laubadère, *op. cit.*, p. 188.

Réglade (47) éprouve, en effet, le besoin d'étayer la coutume par « une norme constitutionnelle qui lui sert de support : l'obligation qui impose au gouvernement d'assurer le bon fonctionnement des services publics ». Il valide donc de ce fait, la coutume par un principe essentiel du droit public. Dès lors, on voit mal pourquoi un tel principe servant de support à la coutume ne pourrait pas étayer directement la validité des actes du chef de l'Etat sans recourir au détour scabreux de la coutume.

L'insuffisance des théories précédemment dégagées nous conduit donc à proposer une explication au pouvoir du chef de l'Exécutif de prendre des règlements autonomes en matière de police.

3. — Explication proposée : la compétence découlant de la mission générale du chef de l'Etat.

Le fondement du pouvoir propre du chef de l'Etat réside, en réalité, dans l'importance de sa mission. Le maintien de l'ordre public sur le territoire national postule, en effet, la reconnaissance d'un tel pouvoir sans qu'il soit besoin d'une quelconque habilitation constitutionnelle ou législative.

Sans doute, le texte de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 a-t-il servi de support à une telle reconnaissance. Encore est-il nécessaire de préciser que c'est l'article 3 dans son entier et non simplement l'article 3 alinéa 1 qui a été ainsi interprété par le Conseil d'Etat. A ce sujet, nous n'en voulons comme preuve que le considérant fameux de l'arrêt Heyriès précité, « Considérant que par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le Président de la République est placé à la tête de l'administration française et chargé d'assurer l'exécution des lois. »

Mais en tout état de cause, ce texte ne peut constituer à lui seul le fondement juridique du pouvoir de réglementation autonome du chef de l'Etat.

En réalité, il n'est nullement nécessaire de vouloir rattacher coûte que coûte les « pouvoirs propres » du chef de l'Etat à un texte constitutionnel ou législatif. L'erreur en ce domaine provient de la conception qui voit à la source de tout pouvoir juridique une règle législative ou constitutionnelle. Affirmer la nécessité d'une détermination légale des compétences ne signifie pas que le législateur a le monopole exclusif en cette matière. Bien au contraire, des exigences vitales plus fortes que les textes ont conduit parfois la jurisprudence et la grande majorité de la doctrine à reconnaître

(47) Réglade, *op. cit.*, pp. 219 et 232.

au profit d'un chef des pouvoirs correspondant à sa mission. C'est ainsi que les exigences de la fonction ministérielle impliquaient, en dehors de tout texte, la reconnaissance d'un large pouvoir d'organisation du service. « Même dans le cas où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire, il leur appartient comme à tout chef de service de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité. » (48).

De la même façon, ce sont les exigences propres à la mission du chef de l'Exécutif qui postulent la reconnaissance, en dehors de toute habilitation précise, d'un pouvoir de réglementation autonome destiné à assurer le maintien de l'ordre public ou le fonctionnement continu des services publics.

Il est, en effet, bien certain qu'en vertu de la « nature même des choses », le rôle du chef de l'Etat déborde constamment le plan étroit de la pure exécution des lois. A l'instar de M. Vedel, il est nécessaire de souligner que l'exécution des lois est plus que l'exécution de chaque loi, « Elle doit s'entendre comme le maintien des conditions essentielles à la vie nationale, c'est-à-dire le maintien de l'ordre public (arrêt Labonne) et le fonctionnement des services publics (arrêt Heyriès) ».

C'est donc en définitive, la qualité légale de chef qui emporte nécessairement et par elle-même un droit de réglementation autonome. Et ce droit de réglementation sera d'autant plus étendu que la mission incombant au chef sera plus vaste. Ainsi, le pouvoir du ministre sera-t-il réduit au cadre intérieur de l'organisation et du fonctionnement des services placés sous son autorité. Au contraire, l'importance de la mission conférée au chef de l'Exécutif nécessitera la reconnaissance d'un pouvoir plus étendu, pouvant s'exercer dans le cercle de la légalité générale. Il existe donc, en quelque sorte, une proportion entre les nécessités politiques ou administratives et l'étendue du pouvoir conféré.

Cette proportion est dégagée par la jurisprudence qui reconnaît au profit du chef politique ou administratif les pouvoirs nécessaires à l'accomplissement normal de sa mission.

Le principe de détermination légale des compétences est donc susceptible de comporter des exceptions. Les dérogations apportées par la jurisprudence apparaîtront chaque fois qu'il sera nécessaire, eu égard à la nature des choses, de parer aux déficiences du législateur.

(48) JAMART, précité.

CONCLUSION

L'étude des sources de la compétence permet de mettre l'accent sur le caractère conditionné de ce pouvoir. La condition inhérente à la notion de compétence découle en effet tant du principe de la détermination légale que de ses exceptions.

Le principe de la détermination légale traduit, en effet, l'idée que l'autorité administrative n'est pas maîtresse de sa compétence. Le pouvoir dont elle est investie est fonction pour une large part de la réglementation législative.

Enfin, l'exception apportée par l'arrêt Labonne au principe de la détermination légale des compétences ne signifie, en aucune façon, une liberté totale reconnue à l'autorité administrative. En effet, cette reconnaissance d'un pouvoir « spontané » ne s'effectue pas en considération de la personne détentrice de ce pouvoir mais bien en fonction des nécessités inhérentes à sa mission. C'est pour le maintien de l'ordre public que la jurisprudence a reconnu au profit du chef de l'Etat un pouvoir propre de réglementation.

Ce pouvoir autonome est, en réalité, conditionné étroitement par son but : le maintien de l'ordre public. En tout état de cause, le pouvoir de l'exécutif ne pourra déborder ce cadre. C'est donc moins un privilège qui lui est ainsi conféré en dehors de tout texte qu'une charge qu'il doit exercer dans une direction déterminée. Les compétences sont finalisées. Et cette finalité, ce but se retrouvent aussi bien pour les compétences déterminées strictement par la loi que pour les compétences s'exerçant en dehors de toute habilitation.

Aussi peut-on conclure, à l'instar de M. Vedel (49), « que la puissance publique n'est pas seulement un faisceau de compétences plus étendues que les pouvoirs reconnus aux individus, c'est aussi un ensemble de compétences conditionnées ».

Il reste à examiner si les caractères de la compétence rendent compte de cet aspect. Tel sera l'objet du chapitre second, p. 45.

(49) VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *op. cit.*

CHAPITRE 2

Les caractères de la compétence.

La compétence présente deux traits caractéristiques. Elle possède un caractère légal, elle est limitée à un certain domaine. L'étude de ce double caractère fera l'objet de deux sections successives.

Section 1

LE CARACTERE LEGAL DE LA COMPETENCE

Déterminée par la loi, la compétence présente avant tout un caractère légal. Elle est indépendante de la personnalité de son titulaire. Elle s'attache à la fonction, non à l'agent.

Tel est le principe. Dans un premier paragraphe, nous nous efforcerons d'en dégager la signification et les conséquences. Puis dans un second, nous serons amenés à préciser dans quelle mesure la délégation ne constitue pas une dérogation au caractère légal de la compétence.

§ 1. — Le principe.

De la détermination légale des compétences découlent certaines conséquences propres à toute situation légale. De ce fait, l'aptitude

à décider est générale et impersonnelle. Elle est avant tout la compétence de l'emploi et non celle d'un agent déterminé. De plus comme toute situation légale, la compétence apparaît comme un pouvoir permanent. Enfin elle ne peut être modifiée par la volonté de ses titulaires. Toute modification doit obligatoirement résulter de la loi.

Il convient de dégager successivement ces trois conséquences du caractère légal de la compétence.

I. — Le caractère général et impersonnel.

Affirmer le caractère général et impersonnel de la compétence c'est, semble-t-il, énoncer une vérité incontestable. Cependant, l'évidence d'une telle affirmation ne doit cacher ni la signification qu'elle revêt ni les conséquences fondamentales qui en découlent.

A. — Signification.

Assigner à la compétence un caractère général et impersonnel c'est, avant tout, marquer l'indépendance qui existe entre la fonction et l'agent public qui en est investie.

La compétence n'est pas une sorte de droit subjectif conféré à son titulaire. Le fonctionnaire n'est pas maître de sa compétence. La compétence est essentiellement attachée à l'emploi. La nomination n'a, à ce titre, que valeur d'acte condition. Elle fait bénéficier un agent public d'un pouvoir qui existe antérieurement à son investiture : pouvoir qui subsiste même au cas où l'emploi est inoccupé. Cette compétence appartient indistinctement à tous les fonctionnaires qui peuvent être placés dans l'emploi déterminé. « On peut encore dire situations et pouvoirs abstraits impersonnels parce qu'ils existent avec le même contenu et abstraction faite des personnes qui en sont les titulaires. » (1).

Il est à noter que ce caractère général est indépendant du nombre des personnes qui, en fait, bénéficieront à un moment donné de la situation juridique considérée. Ainsi le Président de la République, personnage unique, se trouve, vis-à-vis de sa compétence, dans une situation juridique générale. Il y a généralité parce que tous les présidents qui se succèderont seront investis de la même compétence.

Telle est donc, en définitive, la signification du caractère général et impersonnel de la compétence. Il importe maintenant d'en dégager à l'aide de la jurisprudence, les principales conséquences.

(1) Duez et Debeyre, « Droit Administratif », 1952, p. 182.

B. — Conséquences.

L'inexistence, au profit d'une autorité administrative, d'un droit sur sa compétence, entraîne trois conséquences principales : tout d'abord, l'autorité ne peut agir en justice pour la défense de sa compétence; en second lieu, elle ne peut d'elle-même couvrir le vice d'incompétence; enfin, et sous réserve de la délégation, l'autorité administrative ne peut céder son pouvoir ni renoncer à l'exercer.

1. — *Impossibilité d'agir en justice pour la défense d'une compétence.*

Cette impossibilité se manifeste tour à tour au stade du recours et au stade de l'intervention formée en défense au recours principal (2).

a) En ce qui concerne le recours principal l'arrêt Andrade du 8 mai 1942 (3) est venu poser le principe qu'un fonctionnaire est sans qualité pour déférer au Conseil d'Etat un acte par lequel son supérieur hiérarchique a annulé une de ses décisions. On voit, en effet, que si le recours est ouvert contre les actes qui affectent ou sont susceptibles d'affecter la situation des fonctionnaires, il ne saurait l'être contre ceux qui se rattachent à l'exercice de la fonction.

Or, au cas d'espèce, le droit de punir n'était pas une prérogative du fonctionnaire, mais bien un attribut de la fonction. « Le pouvoir disciplinaire n'est pas attribué au fonctionnaire dans son intérêt propre, mais dans celui de la fonction dont il assure l'exercice. L'obéissance est due à la personne du chef, mais eu égard à la fonction. Il s'ensuit que si l'autorité d'un fonctionnaire à l'égard de ses subordonnés est personnelle en ce sens que ceux-ci lui doivent fidélité, cette autorité ne devient pas pourtant un droit subjectif susceptible d'être opposé aux supérieurs. Faire de l'autorité une sorte de droit subjectif c'est revenir à une conception féodale... » (4).

Tel est bien le raisonnement suivi par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Andrade : la haute juridiction administrative distinguant, en effet, d'une manière très nette les droits que le fonctionnaire tient de son statut du pouvoir dont il est chargé d'assumer l'exercice (5).

« Considérant que la décision attaquée ne porte aucune atteinte aux droits que les ingénieurs des industries navales tiennent de leur

(2) Sur l'intervention voir Nguyen Quoc Dinh, « L'intervention dans le recours pour excès de pouvoir », R.D.P. 1946, p. 389 et suiv.

(3) Assemblée, S. 1943.III.5, note J.D.V.

(4) Note J.D.V. sous Andrade, précité.

(5) Cette position est d'autant plus significative qu'elle va à l'encontre de la philosophie politique du régime de Vichy. L'arrêt Andrade est, en effet, de 1942.

statut; que le sieur Andrade est sans qualité pour déférer au Conseil d'Etat un acte par lequel son supérieur hiérarchique a annulé une de ces décisions. »

Cette impossibilité pour le fonctionnaire, auteur de l'acte, d'agir en justice pour la défense de sa compétence se retrouve en second lieu dans l'intervention.

b) L'intervention formée en défense au recours principal.

En effet, parmi les personnes directement intéressées au rejet du recours principal c'est-à-dire au maintien de l'acte attaqué, se trouve évidemment en premier lieu l'autorité administrative auteur de cet acte. On conçoit qu'elle ait le désir d'intervenir au recours principal pour défendre sa décision. Pourtant, le Conseil d'Etat s'est toujours refusé à admettre une intervention formée dans de telles conditions.

C'est ainsi que dans l'arrêt Delacour (6) il a rejeté l'intervention formée par le Préfet au motif « qu'il ne justifie d'aucune délibération du Conseil général ou de la Commission départementale l'autorisant à demander, au nom du département, le maintien des arrêtés attaqués; qu'il suit de là que le mémoire en intervention doit être regardé comme présenté uniquement au nom du préfet, et qu'il n'appartient pas à ce dernier d'intervenir devant le Conseil d'Etat pour défendre au pourvoi dirigé contre ses propres arrêtés ».

De même dans l'arrêt Epoux de Fraguier du 27 février 1948 (7) le Conseil d'Etat a considéré que les décisions attaquées ayant été prises par le préfet agissant au nom de l'Etat; ce dernier n'avait aucune qualité pour intervenir dans l'instance engagée par les époux de Fraguier devant la juridiction administrative.

Enfin, tout récemment, l'arrêt secrétaire d'Etat à la Santé Publique c/Thory, Lelièvre, Logeay et Guillaumin du 27 janvier 1960 (8), est venu préciser que le membre du jury d'un concours n'était pas recevable à intervenir à l'encontre d'une demande dirigée contre les résultats du concours.

Cette jurisprudence restrictive, si elle est justifiée, aux dires de M. Dinh par « le régime particulier du recours pour excès de pouvoir » (9) confirme cependant le fait que l'autorité administrative n'est pas maîtresse de son pouvoir. Ce n'est pas un droit qui lui appartient en propre. Elle ne peut donc ni à titre principal, ni d'une manière incidente, agir en justice pour la défense de sa compétence.

(6) C.E. 29 juin 1928, D.P. 1929.III.3, concl. Latournerie ; voir aussi 1er mai 1903, Conseil Municipal de Saïgon, D.P. 1904.III.104 ; 24 janvier 1908, Sauvelet, D.P. 1909.III.84.

(7) Section, Rec. Lebon, p. 98.

(8) Tables, p. 1094.

(9) Nguyen Quoc Dinh, *op. cit.*, p. 402.

2) Le caractère impersonnel de la compétence se manifeste en second lieu par l'impuissance de l'autorité administrative à couvrir d'elle-même le vice d'incompétence. Cette conséquence ressort à l'évidence de nombreuses décisions de jurisprudence. Ainsi dans un arrêt Desmond et Société Henri Deffarges et fils du 15 janvier 1954 (10) le Conseil d'Etat annule un arrêté d'un préfet incompétent alors même que ce dernier agissait sur les instructions du ministre normalement compétent : « que les circonstances que ledit arrêté aurait été pris après un échange de correspondance et sur les instructions adressées par le ministre de l'Education nationale au préfet n'est pas de nature à conférer à l'acte contesté le caractère d'une décision ministérielle ».

Il est vrai qu'une décision du 1er octobre 1954 peut susciter quelques doutes quant à la portée d'une telle jurisprudence. Dans l'arrêt Dame Bonnetblanc (11) le Conseil d'Etat semble admettre que le vice d'incompétence puisse être couvert par la ratification ultérieure de l'acte par l'autorité compétente. Mais cette décision, bien qu'elle constitue un arrêt de section, ne vient cependant pas diminuer la portée de la jurisprudence précitée. En effet, nul arrêt n'est venu confirmer par la suite la décision Bonnetblanc.

Tout au contraire, cette solution dissidente vient d'être infirmée par un arrêt de section du 15 juillet 1958 Bonanni (12). S'agissant de la révocation d'un garde champêtre prononcée par le maire aux lieu et place du préfet, le Conseil d'Etat annule une telle mesure bien qu'elle ait été confirmée par l'autorité normalement compétente. « Que la circonstance que ledit arrêté comporte un article 2 aux termes duquel « le présent arrêté sera transmis à M. le Préfet du Gard pour décision définitive » et qu'il a été approuvé le même jour par le préfet ne saurait lui conférer le caractère d'une décision du préfet... ».

Il apparaît donc, en définitive, que la volonté des autorités administratives ne peut prévaloir contre les règles qui fixent d'une manière impérative la répartition des compétences. « Les compétences aménagées par les lois et les règlements le sont dans l'intérêt général; il n'appartient à personne d'en modifier la portée » (13).

3) L'autorité administrative ne peut enfin de par sa seule volonté céder son propre pouvoir ou renoncer à l'exercer. Cette dernière

(10) Rec. Lebon, p. 32 ; voir 30 avril 1954, Dame veuve Crochemore, Rec. Lebon, p. 246.
(11) Section, Rec. Lebon, p. 491.
(12) Rec. Lebon, p. 447, Section.
(13) Note Brimo sous C.E., 28 mars 1945, Devouge, S. 1945.III.48.

conséquence reflète parfaitement le caractère général et impersonnel de la compétence.

L'incessibilité de la compétence résulte d'une série de décisions rendues en matière de délégation. C'est ainsi que dès la fin du XIX[e] siècle un arrêt Mimieux du 21 février 1890 (14) est venu poser le principe qu'un agent public ne saurait déléguer *motu proprio* l'exercice de ses pouvoirs à ses subordonnées : « il n'appartient pas aux ministres de déléguer, hors des cas prévus par la loi, aucune partie du droit de décision dont ils sont investis ».

Par la suite de nombreux arrêts sont venus réaffirmer l'impossibilité pour une autorité administrative de disposer librement de la compétence dont elle est investie (15).

La répartition des compétences est faite par les textes généraux d'organisation des services; il n'appartient pas à un agent public de la modifier (16).

Incapable d'agir en justice pour la défendre, impuissante à en couvrir les vices ou à la céder, l'autorité administrative ne dispose donc d'aucun droit sur sa compétence. L'aptitude à créer des actes juridiques ne définit pas un privilège mais une charge pour celui qui en est investi. C'est avant tout la compétence d'un emploi et non celle d'une autorité nommément désignée.

De plus, comme toute situation juridique abstraite, la compétence présente, outre son aspect général et impersonnel, un caractère permanent.

II. — Le caractère permanent.

La permanence n'est, au fond, qu'un aspect de la généralité : elle est la généralité dans le temps. Elle signifie, en effet, que le pouvoir dont est investi une autorité administrative ne s'épuise pas par son exercice. Tant qu'il n'est pas supprimé, il peut être mis en œuvre aussi souvent que son titulaire le jugera bon et sans jamais perdre une parcelle de sa force juridique. Ainsi les pouvoirs de police d'un maire ne diminuent pas en puissance au fur et à mesure de leur exercice. Ils subsistent dans leur intégralité chaque fois que des circonstances de fait postulent leur mise en œuvre. Tout au contraire, le pouvoir juridique d'un créancier sur son débiteur

(14) Rec. Lebon, p. 201.

(15) C.E. 22 novembre 1895, Ministre des Travaux Publics, S. 1897.III.146, 30 novembre 1900, Ministre de l'Intérieur, Rec. Lebon, p. 707 ; 22 décembre 1922, Pelatan, Rec. Lebon, p. 989 ; 2 novembre 1939, Wagner, Rec. Lebon, p. 547 ; 18 mai 1945, Sté auxiliaire de gestion et d'avances, S. 1946.III.6.

(16) Réserve faite du droit spécial du Chef de l'Etat. Cf. C.E. 2 décembre 1892, Mogambury, S. 1894.3.97, concl. Romieu, note Hauriou.

s'éteindra automatiquement dès le paiement de l'obligation. Par sa nature, ce pouvoir est, en effet, particulier, concret.

Il est à noter toutefois, que cette permanence est parfaitement compatible avec une certaine limitation dans le temps. Bien plus, nous verrons ultérieurement que les pouvoirs conférés à des autorités administratives peuvent être limités à une période de temps fort courte. C'est notamment le cas des pouvoirs de crise qui ne peuvent être utilisés que dans un contexte déterminé et pour une période limitée aux circonstances exceptionnelles. Mais pendant ce laps de temps, le pouvoir conféré ne s'épuisera cependant pas par l'exercice : il reste donc permanent en dépit de sa limitation dans le temps.

III. — Le caractère modifiable.

Si la compétence ne s'épuise pas par son exercice, elle peut cependant être modifiée. Mais les modifications ne peuvent résulter que de la volonté expresse du législateur. Nul contrat, nul accord de volonté ne peuvent venir déroger à l'ordre des compétences établi par la loi. C'est ainsi que dans un arrêt Gras du 11 janvier 1935 (17), le Conseil d'Etat a annulé la nomination effectuée par un ministre aux lieu et place du maire normalement compétent et ce, malgré l'existence d'une convention conclue entre le ministre et la ville : « que si, dans la convention conclue avec la ville, le ministre pouvait subordonner l'attribution de la subvention de l'Etat à l'agrément préalable de la nomination du directeur, il ne saurait légalement se substituer au maire pour l'exercice du pouvoir de nomination ».

De même les promesses et engagements sur la compétence ne peuvent avoir aucune valeur. L'exercice normal d'un pouvoir ne saurait être modifié par le titulaire de ce pouvoir. Significative est, à cet égard, la formule de l'arrêt Bourdeix du 23 mars 1923 (18).

« Considérant que la lettre par laquelle le maire d'Armentière avait fait connaître au requérant que la durée de ses fonctions était garantie pour 3 ans au moins, ne pouvait porter atteinte au pouvoir que le maire tient de l'article 88 de la loi du 5 avril 1884 de révoquer à toute époque, dans les formes légales, les titulaires d'emplois communaux. »

On constate donc que la compétence présente toutes les caractéristiques d'une situation juridique générale et impersonnelle.

(17) Section, D.H. 1935.186.
(18) Rec. Lebon, p. 281.

La compétence n'est pas conférée à une autorité nettement individualisée mais à une catégorie de fonctionnaires, se trouvant dans les mêmes conditions de fait. La compétence se rattache à l'emploi plus qu'au fonctionnaire qui en est investi. De plus la compétence ne s'épuise pas par son exercice : elle est permanente. Enfin, elle ne peut être modifiée que par le législateur.

Mais ce caractère légal ne souffre-t-il pas une exception ? La pratique de plus en plus grande de la délégation, ne vient-elle pas modifier l'ordre normal des compétences et faire ainsi échec au principe précédemment dégagé ?

La réponse à une telle question nécessite une étude particulière de la délégation. Nous constaterons ce faisant, que tant par ses conditions et limites que par ses effets la délégation ne constitue, en réalité, qu'une dérogation apparente au caractère légal de la compétence.

§ 2. — L'apparente dérogation au caractère légal : la délégation (19).

Si la compétence n'est pas un droit subjectif pour l'autorité administrative, elle n'en définit pas moins une charge personnelle qui doit être remplie par le titulaire de l'emploi. En effet, « la puissance publique ne peut s'imposer aux citoyens que si elle est exercée par son véritable dépositaire; elle n'existe pas en dehors de lui » (20). La compétence revêt dès lors deux physionomies distinctes; impersonnelle en ce qu'elle ne confère aucun privilège à l'agent public, elle est aussi personnelle en ce sens qu'elle investit son titulaire d'une obligation dont il ne peut se décharger de sa propre initiative. Ce paradoxe s'explique avant tout par le caractère légal de la compétence.

En effet, si le législateur intervient d'une manière impérative dans la détermination des compétences c'est essentiellement dans un souci de protection des administrés. Le libre dessaisissement de pouvoirs, le plus souvent au profit d'agents irresponsables politiquement entraîne inéluctablement l'arbitraire le plus total, l'anarchie la plus complète.

Dès lors, on peut légitimement s'étonner devant la large place faite en Droit administratif français à la notion de délégation, ins-

(19) V. sur ce point J. C. GROSHENS, « La délégation administrative de compétence », D. 1958, p. 157.

(20) LAFERRIÈRE, « Traité de la juridiction administrative », 2e éd., t. 2, p. 500.

titution considérée par certains soit comme un « cloaque » (21), soit purement et simplement comme la plaie du droit constitutionnel français (22).

La délégation ne constitue-t-elle pas, en effet, une exception au caractère légal de la compétence ? La réponse à une telle question suppose que l'on fixe préalablement les contours de cette institution.

A. — Définition.

Par délégation on entend le procédé par lequel le dépositaire d'une compétence se décharge de l'exercice de certains pouvoirs sur un autre fonctionnaire, généralement inférieur. Ce transfert du délégant au délégataire peut porter soit sur le pouvoir de signer l'acte soit sur celui de prendre l'acte aux lieu et place du délégant. La première hypothèse correspond à la délégation de signature, la seconde à la délégation de compétence. Sans doute, à la différence de la délégation de compétence, la délégation de signature n'emporte pas dessaisissement du titulaire initial c'est-à-dire du délégant. Ce dernier conserve la possibilité d'évoquer à tout moment les questions soumises à la signature du délégataire. Mais l'une comme l'autre réalisent un certain transfert de pouvoirs. Et à ce titre, elles diffèrent de la délégation qui se borne à conférer au délégataire le « pouvoir d'authentifier une décision en signant l'acte qui la matérialise, sans pour autant lui accorder la faculté de la vouloir » (23). A dire vrai ce troisième type de « délégation » réalise essentiellement une simple dévolution d'attributions matérielles. Et à ce titre, il n'intéresse pas notre étude.

B. — Position du problème.

Ces divers éclaircissements permettent, dès lors, de mieux situer le problème : en quoi la délégation peut-elle constituer une dérogation au caractère légal de la compétence ?

Il est certain, d'une part, que, si le titulaire d'une compétence peut en disposer librement sans se référer à des textes préétablis, l'exception au caractère légal sera considérable. La compétence de charge personnelle accède alors au rang de droit subjectif librement transmissible.

D'autre part, l'atteinte au caractère légal peut résulter d'un dépouillement total de compétence. L'autorité administrative ne con-

(21) G. Liet-Veaux, « Le Cloaque des délégations de signature », Revue Administrative, 1949, p. 581.
(22) Hauriou, « Principe de droit public », p. 419.
(23) J. C. Groshens, *op. cit., supra,* p. 72.

serve aucun droit sur le pouvoir délégué. Certes, le danger n'est qu'apparent lorsque la délégation est consentie au profit d'une autre autorité administrative. Elle n'apparaît, en effet, que comme un simple aménagement des compétences réalisant la déconcentration administrative. Mais que dire de l'hypothèse où le pouvoir est transféré à de simples collaborateurs du ministre ou du préfet ? N'y a-t-il pas là un danger considérable pour les administrés ?

L'absence de responsabilité politique pour ces fonctionnaires n'est-elle pas de nature à engendrer des solutions néfastes pour les administrés ?

On mesure donc les dangers que peut recéler la pratique de la délégation. Mais ces dangers sont-ils réels ? Et la délégation apparaît-elle comme une exception manifeste au caractère légal de la compétence ?

L'examen de la jurisprudence permet d'apporter, de suite, une réponse négative à ces questions. La délégation n'est qu'une apparente dérogation au caractère légal de la compétence. En effet, d'une part, les conditions d'utilisation d'un tel procédé restreignent considérablement la volonté du titulaire du pouvoir : c'est-à-dire du délégant.

D'autre part, les effets de la délégation sont éminemment protecteurs des droits des administrés, soit qu'elle réalise un transfert pur et simple de compétences mais au profit d'autorités administratives, soit au contraire, qu'elle emporte dessaisissement en faveur de collaborateurs du titulaire normal mais avec maintien intégral de la règle initiale de compétence.

Il nous appartient donc de démontrer que la délégation, tant par ses conditions que par des effets, ne constitue qu'une apparente dérogation au caractère légal de la compétence.

I. — Les conditions de la délégation.

La légalité d'une délégation est subordonnée à la réunion de deux conditions essentielles. Tout d'abord, la délégation doit être autorisée par un texte préexistant. Enfin, elle est conditionnée par la conformité entre l'acte du délégant et l'acte d'habilitation. La réunion de ces deux éléments laisse transparaître le faible rôle imparti à la volonté du délégant dans la délégation.

A. — *L'acte d'habilitation.*

La validité de la délégation est tout d'abord subordonnée à l'existence d'un texte habilitant l'autorité administrative titulaire d'une compétence à la déléguer. Quelle est la nature de ce texte, quels en

sont les caractères, tels sont les deux problèmes qu'il convient de résoudre.

1) La nature de l'acte d'habilitation ne soulève, à l'heure actuelle, aucun problème. Pour que la délégation soit valable, il est nécessaire qu'elle ait été prévue par un texte. Et ce texte peut aussi bien être une loi qu'un décret. Ce principe a été affirmé par le Conseil d'Etat dans un certain nombre d'arrêts (24). Qu'il nous suffise de mentionner, à cet égard, les termes de l'arrêt Adjemian du 17 juin 1955 (25).

« Considérant que le ministre de l'Intérieur seul compétent, en vertu de la loi du 28 juin 1941, pour prononcer l'internement administratif des individus dont les agissements étaient de nature à porter atteinte à la politique des prix ou au ravitaillement du pays, n'avait pas, en l'absence d'un texte législatif ou réglementaire l'y autorisant, la faculté de déléguer en cette matière ses pouvoirs au préfet. »

Ce principe n'a cependant pas toujours été admis. A l'origine, en effet, seule une loi pouvait autoriser un agent public à déléguer sa compétence (26). Mais dès la fin du XIX^e^ siècle, l'arrêt Mogambury (27) est venu admettre la possibilité pour le chef de l'Etat d'autoriser les agents publics à déléguer leurs pouvoirs. A cet égard il ne semble pas inutile de rappeler le raisonnement tenu par le commissaire du gouvernement Romieu « le droit de délégation, dit-il, n'est autre chose que le droit de conférer certaines attributions à un fonctionnaire autre que celui qui en est le titulaire, ce dernier conservant le contrôle supérieur et la responsabilité des actes de son délégué : cela revient donc à une modification dans la répartition des fonctions publiques. Or, le droit de répartir les attributions des agents administratifs nous paraît être de l'essence du pouvoir du chef de l'Etat, sauf en ce qui concerne les attributions propres, fixées par la Constitution ou la loi, et dont il n'a pas le droit de se décharger de sa propre autorité. Ce droit supérieur du chef de l'Etat découle pour nous du droit qu'il a de répartir les fonctions et les services publics entre les divers ministères... ».

Il n'en va autrement que dans les hypothèses où la loi a fixé elle-même de façon impérative les pouvoirs des autorités adminis-

(24) Notamment, Bouvard, 14 janvier 1928, Rec. Lebon, p. 49 ; Leydet, 11 décembre 1946, Rec. Lebon, p. 300 ; Martin et Diefenthal, 20 avril 1951, Rec. Lebon, p. 201 ; Bonnet, 30 novembre 1951, Rec. Lebon, p. 562 ; Chrestia-Blanchine, 15 juillet 1955, Rec. Lebon, p. 446 ; Ministre des Anciens combattants et victimes de la guerre c/ Allotte de la Fuye, 23 janvier 1959, Rec. Lebon, p. 57.

(25) Rec. Lebon, p. 334.

(26) 21 février 1890, Mimieux, précité.

(27) C.E. 2 décembre 1892, S. 1894.3.97, concl. Romieu, note Hauriou.

tratives. Il ne suffit pas pour cela que la loi ait prévu sur un point particulier la compétence d'un agent public, il faut encore « qu'elle révèle manifestement de la part du législateur l'intention de s'opposer dans un cas spécial à ce droit de délégation qui est un attribut direct du chef de l'Etat » (28).

Il en est ainsi notamment lorsque les règles normales de compétence constituent une garantie pour les particuliers. Aussi dans un arrêt Leriot, du 1er février 1946 (29) la haute assemblée a estimé qu'un décret n'avait pu légalement confier aux préfets régionaux le soin d'édicter par délégation du ministre les sanctions disciplinaires les plus graves prévues par la loi du 23 avril 1941 sur l'organisation de la police.

« Que si le décret du 14 décembre 1942, dans son article 3, délègue aux préfets régionaux le pouvoir de prononcer toutes les peines disciplinaires, même les plus graves, contre le personnel des polices régionales d'Etat, ledit décret, qui n'avait pas pour objet, sur ce point, une simple répartition des attributions à l'intérieur des services, ne pouvait légalement supprimer une garantie accordée par la loi... ».

D'une manière générale, le Conseil d'Etat est amené à interpréter les lois attributives de compétence afin de s'opposer à une délégation consentie par décret dans les cas où la loi a fixé sans équivoque possible les pouvoirs des autorités administratives.

2) Loi ou décret, l'acte d'habilitation doit présenter, en outre, certains caractères. Il doit tout d'abord être antérieur à la délégation. Enfin, il doit être suffisamment précis pour que la délégation puisse en résulter clairement.

L'antériorité de l'acte d'habilitation est une condition qui semble aller de soi. Pourtant, la haute juridiction administrative a été amenée à rappeler la nécessité de cette règle dans un arrêt François du 19 mars 1948 (30). Au cas d'espèce, il s'agissait d'une délégation de signature intervenue antérieurement au décret qui l'autorisait. Or, malgré la présence d'un article prévoyant la rétroactivité dudit décret, le Conseil d'Etat n'a pas admis la légalité d'une telle délégation.

« Le décret du 16 février 1946... n'a pu légalement disposer que pour l'avenir et ne saurait par suite, nonobstant les termes de son article 2, spécifiant qu'il prendra effet à compter du 26 janvier 1946, avoir eu pour conséquence de valider rétroactivement la délégation

(28) Romieu, conclusions précitées.
(29) Rec. Lebon, p. 31.
(30) Section, Rec. Lebon, p. 133.

de signature donnée par le secrétaire d'Etat à l'Information le 13 février précédent... ».

Les textes portant délégation de pouvoir sont enfin d'interprétation étroite. La possibilité de la délégation doit résulter clairement du texte qui l'autorise. Ainsi, il a été jugé par un arrêt Syndicat des Industries Laitières de l'Aisne et autres (31) que si « les ministres peuvent assortir de « mesures accessoires » les décisions qu'ils prennent en matière de prix, les mesures doivent être exclusivement destinées à assurer l'application des décisions ministérielles et ne peuvent légalement avoir pour effet de conférer à des autorités autres que celles qui sont prévues par la loi le pouvoir de fixer librement les prix de certains produits... ».

De même, la subdélégation de signature doit être autorisée par une loi ou par un décret. Ce principe a notamment été dégagé par la haute assemblée dans l'arrêt Société comptoir des viandes du 26 octobre 1949 (32) : « considérant qu'en admettant même que l'ingénieur en chef des Ponts et Chaussées de l'Isère, régulièrement investi du pouvoir d'exercer le droit de réquisition des véhicules par une délégation du préfet de l'Isère en date du 23 août 1944, prise en application de l'article 5 du décret du 28 novembre 1938, ait lui-même donné une délégation pour l'exercice de ce pouvoir à l'ingénieur ordinaire des Ponts et Chaussées, il n'était autorisé par aucune disposition réglementaire à accorder une telle délégation ».

On constate donc, en définitive, que la nécessité d'un acte d'habilitation (législatif ou réglementaire) clair et précis constitue une garantie éminemment protectrice des droits des administrés. L'exigence d'une conformité entre l'acte de délégation et l'acte d'habilitation, seconde condition nécessaire à la validité des transferts de compétence, reflète de la même manière le désir de se conformer étroitement au caractère légal de la compétence.

B. — *Conformité entre l'acte de délégation et l'acte d'habilitation.*

La loi habilitant une autorité administrative à déléguer ses compétences ne suffit pas. Encore faut-il que l'autorité délégante prenne une décision d'application aux termes de laquelle elle use de la faculté qui lui est donnée, et accorde le bénéfice de la délégation à un agent subordonné. Mais, dans cette collation de pouvoir, la place faite à la volonté du délégant est bien modeste. En

(31) 27 février 1948, Rec. Lebon, p. 95 ; voir aussi Dury, 8 janvier 1958, Rec. Lebon, p. 11.

(32) Revue Administrative 1949, p. 581, note Liet-Veaux ; voir également Angeras, 6 janvier 1954, p. 8 ; Cie d'assurances « La Foncière incendie », 21 avril 1950, p. 223.

effet, il doit se conformer étroitement aux termes de l'acte d'habilitation. Cette conformité porte à la fois sur l'étendue de la délégation consentie et sur les bénéficiaires.

1. — *Etendue de la délégation.*

La décision accordant une délégation doit être prise suivant les règles fixées par le texte qui l'autorise. Ainsi l'acte d'habilitation énumère-t-il la plupart du temps les pouvoirs qui peuvent faire l'objet de la délégation : les délégants ne pouvant transférer des pouvoirs autres que ceux qui sont prévus par les termes même de l'acte d'habilitation. En règle générale, les compétences essentielles seront exclues. C'est ainsi que le décret n° 56-188 du 13 février 1956 (33) dispose dans son article 1er :

« Les ministres peuvent, par arrêté donner délégation au directeur et chef de leur cabinet, ainsi qu'aux fonctionnaires de leur administration ayant au moins rang de directeur, pour signer toutes ordonnances de paiement, virement et délégation, ainsi que tous les actes individuels ou réglementaires, à l'exception des décrets concernant les services relevant de leur autorité. »

De même, il est interdit au délégant de transférer une compétence plus étendue que celle qu'il possède. La formule de l'arrêt Hayem (34) est, à cet égard, fort instructive : « ledit décret précisant que cet officier général agit par délégation, au nom du secrétaire d'Etat à la guerre, il ne saurait être investi de pouvoirs plus étendus que ceux attribués par la législation en vigueur au secrétaire d'Etat ».

« Enfin, l'acte d'habilitation peut limiter dans le temps la portée de la délégation; il peut par exemple en lier la durée à celle du maintien en fonction du délégant » (35). Dans cette dernière hypothèse, il est bien évident que la volonté du délégant ne pourra prévaloir contre les termes de l'acte d'habilitation, puisque par définition cette autorité est dessaisie de tout pouvoir.

On constate donc, en ce qui concerne la détermination et l'étendue des pouvoirs conférés, que le délégant doit se conformer strictement à l'acte législatif ou réglementaire qui l'autorise à transférer sa compétence.

2. — *Cette conformité se retrouve de la même façon en ce qui concerne les bénéficiaires de la délégation.*

Le transfert de pouvoirs ne peut être opéré qu'au bénéfice des agents prévus dans le texte même de l'habilitation. Mais comme le

(33) *J.O.*, du 14 février 1956.
(34) Section, 17 mars 1944, Rec. Lebon, p. 90.
(35) Groshens, *op. cit.*, p. 200.

fait justement remarquer M. Groshens « l'acte d'habilitation peut, à cet égard, prévoir deux modalités; tantôt il se borne à indiquer l'organe qui peut bénéficier d'une délégation, tantôt il exige, en outre que le bénéficiaire de la délégation soit nommément désigné ».

Dans la première hypothèse, la délégation présenterait un caractère fonctionnel. Elle s'attacherait à l'emploi, à la fonction et non à son titulaire. Dès lors, elle subsisterait même en cas de changement de délégataire sauf, bien entendu, indication contraire dans l'acte d'habilitation.

Le type de cette délégation impersonnelle est clairement illustré par un arrêt du 26 juillet 1950, Syndicat des industriels laitiers d'Ille-et-Vilaine (36). Dans cette espèce, une délégation consentie aux commissaires régionaux de la République pour la fixation des prix agricoles avait été dévolue aux préfets après suppression des commissaires régionaux de la République. Il était dès lors évident qu'une telle délégation, restant valable après transfert d'attributions d'une autorité à une autre, ne présentait pas un caractère personnel intimement lié à la destinée du délégataire.

Enfin dans une dernière hypothèse « l'acte d'habilitation exige parfois que l'acte de délégation désigne non pas seulement l'organe qui en est le bénéficiaire, mais aussi indique nommément le titulaire du pouvoir délégué » (37). Ce deuxième type de délégation, à la différence du premier, est fonction de la personne du délégataire. Cette technique, généralisée par les termes du décret du 13 février 1956 réglant les conditions par lesquelles les ministres peuvent déléguer leur signature, repose en réalité selon l'opinion de M. Liet-Veaux sur deux opérations successives. « En premier lieu, un décret habilite tels ou tels ministres à déléguer leurs signatures dans des conditions données, ce premier acte est purement fonctionnel et impersonnel : il ne désigne aucun agent par son nom, il n'investit aucun individu... Bref, ce premier décret permet au ministre de procéder par la suite à des délégations de signature.

« Alors interviennent, au deuxième stade, des arrêtés du ministre ainsi habilité, arrêtés ayant pour but de déléguer effectivement la signature de ministre à M. Pierre ou Paul, directeur du cabinet, chef du cabinet ou directeur général. Ces arrêtés sont, on le voit, rigoureusement personnels : eux seuls confèrent une compétence nouvelle aux bénéficiaires de la délégation » (38).

(36) Rec. Lebon, p. 462 ; voir également, 19 octobre 1949, Le Luyer, Rec. Lebon, p. 421.

(37) Groshens, *op. cit.*

(38) Liet-Veaux, « Le cloaque des délégations de signature », précité.

Cette délégation est personnelle parce que intimement liée non seulement à la personne du délégataire mais aussi à celle du délégant. Il en résulte qu'elle prend fin lorsque le ministre ou le délégataire cessent leurs fonctions. C'est ainsi que la démission collective d'un gouvernement emporte automatiquement suppression de la délégation de signature consentie par un ministre au profit de son directeur de cabinet. Au cas de réinvestiture du même ministre et de nomination du même directeur, il est nécessaire de procéder à une nouvelle délégation. Tel est le sens de l'arrêt Société protectrice des animaux du 13 juillet 1951 (39).

Par ailleurs, les délégations des ministres aux directeurs et chefs de service du ministère deviennent caduques lors de la désignation d'un nouveau ministre (40).

Dans ce deuxième type de délégation, la collation de pouvoirs s'effectue en réalité, *intuitu personae,* au profit de tel ou tel collaborateur du ministre. La volonté du délégant joue un certain rôle, puisqu'en définitive ce dernier est libre d'investir, dans les limites de l'acte d'habilitation, l'un ou l'autre de ses subordonnés. Dès lors qu'advient-il du caractère légal de la compétence ? N'est-il pas méconnu dans la mesure où le titulaire normal d'un pouvoir peut s'en décharger au profit d'un agent subordonné ? En réalité, cette sorte de délégation ne constitue pas une atteinte au caractère légal de la compétence. Nous verrons ultérieurement qu'elle n'entraîne pas un dessaisissement total de pouvoir au profit de l'agent subordonné. Bien au contraire la règle initiale de compétence subsiste au profit de son détenteur normal.

Quoiqu'il en soit, l'étude des conditions de la délégation, nous a permis de constater avec quel souci le juge administratif censurait les délégations librement consenties. La nécessité d'un acte d'habilitation, l'exigence d'une conformité entre l'acte de délégation et le texte attributif de compétence montrent parfaitement que la délégation, loin de constituer une dérogation au caractère légal de la compétence, s'inscrit au contraire dans un cadre législatif ou réglementaire fermement établi.

Il importe, à présent, de montrer que par ses effets, la délégation n'est qu'une apparente dérogation au caractère légal de la compétence.

II. — Les effets de la délégation.

La délégation réalisant un transfert de compétence au profit d'une autorité subordonnée, il importe à présent de s'interroger sur

(39) Rec. Lebon, p. 403.
(40) Section 9 mars 1951, Verbecke et Lacroix, Rec. Lebon, p. 144.

les conséquences d'une telle dévolution, au regard du maintien ou de la disparition de la compétence du délégant. Le problème mérite quelque attention. En effet, si la désignation emporte dessaisissement total du pouvoir du titulaire initial en ce sens que le délégant ne conserve aucun pouvoir sur la compétence déléguée, l'atteinte au caractère légal de la compétence risque d'être considérable. Dans l'hypothèse où la collation de pouvoir est effectuée au profit d'un subordonné ne disposant pas d'un pouvoir propre, le risque est certain. Au contraire, il est diminué si l'attribution définitive de compétence se réalise en faveur d'une autorité administrative : cette seconde hypothèse correspondant d'ailleurs à une véritable déconcentration administrative.

Les règles sur la répartition des compétences sont, en effet, édictées dans un souci de protection des administrés. L'agent public est nommé à son emploi en raison de ses capacités personnelles. Il ne peut se décharger totalement de son pouvoir sans méconnaître gravement les intérêts des tiers. La sécurité des administrés implique l'exercice des compétences par leurs véritables titulaires sans possibilité de délégation total à des subordonnés irresponsables.

La délégation réalise-t-elle une dévolution complète de compétence et au profit de quelles autorités ? Tel est le problème fondamental qu'il importe d'éclaircir.

La réponse à ce problème est pour une large part donnée par un arrêt du 28 juin 1957, Société X... (41) qui vient d'apporter une contribution essentielle à la théorie jurisprudentielle de la délégation. L'arrêt Société X... distingue, en effet, deux types principaux de délégation; la délégation, simple modalité de l'organisation interne d'un service d'une part, la délégation, aménagement des compétences entre autorités administratives d'autre part.

Avant d'étudier les conséquences et la portée d'une telle distinction, il convient d'analyser l'arrêt du 28 juin 1957.

A. — *Analyse de l'arrêt Société X...*

Aux termes du décret du 16 novembre 1926 « les impôts directs et les taxes y assimilées sont recouvrés en vertu de rôles rendus exécutoires par arrêté du préfet. Celui-ci peut déléguer ses pouvoirs au directeur des contributions directes ».

Investis d'une telle faculté, les préfets en ont usé très largement. Mais la plupart du temps ils omettaient de renouveler les arrêtés de délégation à chaque changement survenu soit dans la personne du

(41) Section, Rec. Lebon, p. 425 ; R.D.P. 1957, p. 1072 avec conclusions Méric, cf. aussi Fournier et Braibant, Chr. générale de jurisprudence administrative, A.J. 1957.392.

délégataire, soit dans celle du délégant. Tel était bien le problème au cas d'espèce. L'arrêté du préfet en vertu duquel le rôle avait été rendu exécutoire remontait au 14 janvier 1927. Dès lors, la Société requérante soutenait que du fait des nombreux changements de titulaires (de préfets) l'arrêté de délégation sur lequel s'était appuyé le directeur des contributions directes n'était plus valable lors de l'homologation du rôle en 1948.

Ce faisant elle se fondait sur le caractère personnel de la délégation « contrairement à la généralité des décisions de l'autorité publique, qui ont un caractère objectif et ne souffrent pas des changements de personnes, la délégation serait personnelle; elle serait consentie par tel individu à tel autre et cesserait de produire ses effets lorsque, soit le délégant, soit même le délégataire quitterait son emploi » (42).

La haute assemblée n'a cependant pas retenu l'argumentation de la société requérante au motif « qu'il résulte des termes mêmes et de l'objet du texte précité que ses auteurs ont entendu, non que la délégation ainsi autorisée soit faite en raison de la personne du délégataire, mais que puissent être conférés au chef du service des contributions directes dans le département les pouvoirs normalement dévolus au préfet pour la mise en recouvrement des rôles; que, cette délégation a, dès lors, un caractère permanent et, tant qu'il n'y est pas mis fin par une décision l'abrogeant, ne se trouve pas affectée par les changements intervenus dans la personne des titulaires des fonctions soit de préfet, soit de directeur départemental des contributions directes... ».

Ce considérant appelle deux remarques essentielles. Tout d'abord, le transfert réalisé au profit du directeur départemental est total. Il a pour effet principal de substituer complètement le délégataire au délégant. Ce dernier ne conserve, en effet, aucune compétence concurrente. Il se dépouille intégralement d'un pouvoir sauf, bien entendu, la possibilité toujours existante de le reprendre en abrogeant la délégation. L'allusion au caractère « permanent » de la délégation est, à ce titre, de nature à dissiper toute équivoque sur les effets du transfert de compétence effectué au bénéfice du directeur départemental des contributions directes.

Ensuite il importe de souligner, à l'exemple de M. Méric, que le délégataire est, en l'espèce, une autorité administrative indépendante du détenteur initial du pouvoir. A la différence des chefs et directeurs de cabinet, collaborateurs immédiats du préfet, le directeur départemental des contributions directes ne relève, en général que du contrôle du ministre des Finances. A ce sujet le recours

(42) Méric, conclusions sur l'affaire Société X... précitées.

hiérarchique formé contre la décision de mise en recouvrement du rôle par le directeur départemental doit être adressé au ministre des Finances et non au délégant c'est-à-dire au préfet.

Ces deux précisions permettent, dès lors, d'entrevoir les conséquences fondamentales de l'arrêt Société X... au regard du maintien ou de la suppression de la règle initiale de compétence.

B. — *Conséquences.*

L'arrêt Société X... vient opérer, d'une manière définitive, le partage entre d'une part la délégation entendue comme une modalité de l'organisation interne d'un service ou d'une administration, et d'autre part la délégation réalisant un aménagement des compétences entre diverses autorités administratives.

L'une comme l'autre de ces délégations ne constituent qu'une apparente dérogation au caractère légal de la compétence.

1. — *La délégation, modalité de l'organisation interne d'un service.*

Ce premier type de délégation concerne exclusivement les rapports d'une autorité supérieure et de ses collaborateurs immédiats. C'est ainsi que les délégations consenties par les ministres à leurs chefs de cabinets, par les préfets à leurs subordonnés, par les maires à leurs adjoints, entrent de plein droit dans cette catégorie.

Ces sortes de délégations, encore qualifiées de délégations de signature, semblent à première vue faire échec à la règle selon laquelle les compétences doivent, en droit public français, être exercées par leur titulaire. De plus cette atteinte est d'autant plus grave que la délégation est consentie, comme nous l'avons déjà signalé, à des agents non investis d'un pouvoir propre.

Mais en réalité, l'atteinte est plus apparente que réelle. En effet, une telle délégation ne dessaisit pas le titulaire du pouvoir de décision. La règle initiale de compétence se maintient intégralement. Le délégant conserve une compétence concurrente à celle du délégataire. L'autorité administrative initialement compétente dispose, en tout état de cause, de la possibilité de signer elle-même l'acte si elle le juge opportun.

De plus, les mesures signées par le délégataire sont prises au nom du délégant et considérées comme siennes. « Le délégant peut non seulement exercer concurremment avec le délégataire les compétences faisant l'objet de la délégation mais évoquer à tout moment toute question soumise au délégataire et le cas échéant annuler ou modifier comme il pourrait le faire pour des décisions signées par lui les actes émanant du délégataire. » (43).

(43) Conclusions Antoine Bernard sous C.E. 30 juin 1961, Procureur général de la Cour des Comptes, R.D.P. 1961, p. 863.

En outre, l'acte signé par le délégataire est juridiquement censé émaner du délégant. Il ne descend pas dans la hiérarchie des actes administratifs mais au contraire conserve la place qu'il occuperait s'il avait été réellement signé par le délégant. C'est ainsi que dans un arrêt Mourot du 4 juillet 1955 (44), la requête est dirigée contre un arrêté préfectoral bien que l'ordre de réquisition attaquée ait été signé, pour le préfet, par le secrétaire général. De même en est-il pour un arrêt Félix du 20 mars 1957 (45) et d'une manière générale pour l'ensemble des décisions intervenues en matière de délégations de signature (46).

Cette sorte de délégation n'emporte donc aucune dérogation à la répartition normale des compétences. Le délégataire n'est investi d'un pouvoir que dans la mesure où il est étroitement placé sous les ordres du délégant. Contrairement à l'opinion développée par M. Groshens (47), ce type de délégation présente un caractère personnel. La collation de pouvoir est effectuée *intuitu personae*, en fonction de la confiance dont jouit le délégataire vis-à-vis du délégant. Elle implique, en outre, un pouvoir de surveillance exercé par le délégant sur les actes du délégataire. Ainsi, dans un certain nombre d'arrêts, on retrouve la formule selon laquelle le délégataire est placé sous les ordres du délégant. Qu'il nous suffise de mentionner, à cet égard, l'arrêt Grainetier du 6 janvier 1928 (48). « Considérant qu'il n'appartient pas aux ministres de déléguer hors des cas prévus par une loi ou par un décret, aucune partie des pouvoirs de décision dont ils sont légalement investis à un fonctionnaire placé sous leurs ordres. »

La délégation de signature ne modifiant pas l'ordre normal des compétences, on s'explique, dès lors, pourquoi son domaine est sensiblement plus large que celui de la délégation de pouvoirs. En effet, puisqu'une telle délégation n'opère pas un transfert réel de compétence au profit d'un agent subordonné, rien ne s'oppose à ce que son champ d'application soit très large. Notamment, la jurisprudence y a inclus des mesures considérées traditionnellement depuis l'arrêt Leriot (précité) comme des garanties des administrés. C'est ainsi que dans un arrêt Fort du 23 novembre 1940 (49), le Conseil d'Etat a rejeté le moyen tiré de l'impossibilité pour le ministre

(44) Rec. Lebon, p. 387, voir aussi Dame Vve Liévrard du même jour.

(45) Rec. Lebon, p. 181.

(46) 9 juillet 1954, Ets Labro, Rec. Lebon, p. 436 ; 6 janvier 195? Angeras, Rec. Lebon, p. 8 ; 11 février 1948, Tassi, Rec. Lebon, p. 71, Bienvenue, 2 février 1938, Rec. Lebon, p. 115.

(47) GROSHENS, *loc. cit.*

(48) S. 1928.III.40.

(49) Rec. Lebon, p. 498, voir aussi C.E. 8 juin 1951, Emmel, Rec. Lebon, p. 650.

de déléguer au directeur général de la Sûreté nationale le soin de prendre les sanctions relatives à l'épuration. La même jurisprudence s'applique en matière de sanctions économiques. Ainsi, dans l'arrêt Jamet du 5 juin 1953 (50), en matière de répression des infractions, une délégation ministérielle est consentie au directeur du contrôle économique et, en cas d'empêchement, au chef de service.

Cette jurisprudence s'explique fort bien si l'on considère qu'à la différence de l'arrêt Leriot où il s'agissait d'une délégation consentie aux préfets, de telles délégations ne visent que des collaborateurs de l'autorité délégante et n'apportent en tout état de cause aucune modification à la règle initiale de compétence.

Signalons enfin, que conformément à une jurisprudence constante (51), seuls les décrets sont expressément exclus du domaine des délégations de signature. Mais cette exception traditionnelle n'infirme en rien la règle précédemment dégagée. Si, en effet, les décrets sont exclus du domaine des délégations de signature, ce n'est pas en fonction de l'idée de garantie accordée aux administrés. Cette exception « se présente plus simplement comme l'application des textes constitutionnels, qui prévoient la nécessité du contreseing par les ministres intéressés des actes du président du Conseil ou du Président de la République ... le critère est purement formel : la signature d'un décret ne peut être déléguée » (52).

En définitive, il apparaît que la délégation à caractère personnel (ou délégation de signature) ne constitue pas une exception au caractère légal de la compétence. Dans la mesure où l'autorité délégante conserve sa compétence concurrente, dans la mesure où elle peut évoquer à tout moment toute question soumise au délégataire placé sous ses ordres, la délégation de signature n'est pas une modification à l'ordre normal des compétences mais une simple modalité de l'organisation interne d'un service ou d'une administration.

Il reste à se demander si la seconde catégorie de délégations dégagée par l'arrêt Société X... constitue une dérogation effective au caractère légal de la compétence.

(50) Section Rec. Lebon, p. 261 ; voir aussi Marcaillou, 12 mai 1950, Rec. Lebon, p. 281.

(51) 24 mars 1950, Lasalle, Rec. Lebon, p. 189 ; Angeras, précité.

(52) Gérad Olivier, « Signature et forme des décisions administratives », Revue Administrative, p. 379.

2. — *La délégation : aménagement des compétences entre différentes autorités administratives.*

Ce second type de délégation constitue, en apparence, une véritable dérogation à la règle selon laquelle les compétences doivent être exercées par leur titulaire. En effet, en cas de délégation de compétence, l'autorité délégataire exerce ses fonctions en vertu de ses pouvoirs propres. Elle est intégralement substituée à l'autorité délégante. Cette dernière ne conserve aucun pouvoir sur la compétence déléguée. Tel est notamment le sens d'un important arrêt du 5 mai 1950, sieur Buisson (53). Le ministre de l'Education nationale ayant, par décret, délégué sa compétence en matière de nomination et de révocation des appariteurs à un doyen de Faculté, ce dernier était dès lors seul compétent, « il appartenait seulement au doyen de ladite Faculté de prendre l'arrêté de réintégration concernant le sieur Bailly ».

De même en est-il pour un arrêt de Lambilly (54) du 25 mars 1960. L'article 1er de la loi du 31 mars 1923 autorise le préfet, en matière de délivrance des permissions de voierie et d'alignements individuels à déléguer d'une manière générale ses pouvoirs à des fonctionnaires. Cette délégation préfectorale a dès lors un caractère permanent et, tant qu'il n'y est pas mis fin par une décision expresse, ne se trouve pas affectée par les changements intervenus dans la personne du préfet ou du bénéficiaire de la délégation.

Signalons, de plus, que l'allusion au caractère « permanent » de la délégation ne doit pas faire illusion. En effet, dans de nombreuses espèces (55) où le caractère précaire du transfert de compétence ne fait aucun doute, la haute juridiction administrative ne se fait pas faute d'employer une telle expression. En ce domaine, il importe donc de déceler, à travers des expressions parfois trompeuses, la véritable nature de l'institution.

Dessaisissant l'autorité délégante, la délégation de compétence modifie « la nature juridique de la décision en la faisant descendre dans la hiérarchie des actes administratifs. Ainsi les attributions d'un ministre, déléguées au préfet, se trouvent exercées par le truchement d'un arrêté préfectoral et non d'un arrêté ministériel » (56). De même, la délégation consentie par un ministre à un chef de service extérieur a pour effet de dessaisir ledit ministre. Il en résulte que la requête sera dirigée non contre l'arrêté du délégant

(53) Section, Rec. Lebon, p. 258.
(54) R.P.D.A. 1960, n° 165.
(55) V. notamment Angeras, Jamet, précités.
(56) Méric, conclusions précitées.

mais contre la décision du délégataire. Tel est notamment le sens d'un arrêt de Tricornot du 3 janvier 1947 (57) où la requête est dirigée contre la décision d'un conservateur des Eaux et Forêts, lequel avait reçu délégation de compétence du ministre de l'Agriculture.

On constate donc, en définitive, qu'une telle délégation consacre la disparition définitive de la règle initiale de compétence. Il s'agit là, semble-t-il, d'une véritable atteinte au caractère légal de la compétence. Toutefois, deux remarques sont susceptibles de tempérer la portée d'un tel procédé et d'atténuer de ce fait le caractère dérogatoire de la délégation de compétence.

La première a trait aux bénéficiaires de la délégation. Dans tous les arrêts précédemment dégagés, nous avons pu, en effet, constater que le transfert de compétence intervenait entre deux autorités administratives. Ainsi les délégations des ministres aux préfets ou aux chefs de services extérieurs.

Cette collation de pouvoirs, véritable mesure de déconcentration administrative, d'autorité à autorité, est, de ce fait, assez protectrice des droits des administrés puisque ces derniers se verront opposer, en tout état de cause, à une autorité administrative et non à un agent démuni de pouvoirs propres.

Dès lors, la délégation de compétence opérant un transfert de pouvoir d'autorité à autorité risque fort peu d'être la source de préjudice pour les administrés. De ce fait, on ne peut réellement dire qu'elle constitue une véritable atteinte au caractère légal de la compétence.

Enfin, une dernière remarque doit être apportée. Elle concerne la nature même de la délégation de compétence; s'inscrivant dans le cadre de la déconcentration administrative et réalisant de ce fait un aménagement anonyme des pouvoirs entre deux autorités, la délégation de compétence est-elle bien qualifiée ? On peut légitimement en douter. M. Olivier y voit « plus qu'une délégation... un véritable transfert de compétence ». Telle est aussi l'opinion de M. Groshens.

Quoi qu'il en soit, on voit mal quelle pourrait être l'atteinte portée par une telle institution au caractère légal de la compétence. La délégation ne constitue donc qu'une apparente dérogation à ce caractère.

Mais outre son caractère légal, abstrait, la compétence possède un caractère limité.

(57) Rec. Lebon, p. 9.

Section 2

LE CARACTERE LIMITE DE LA COMPETENCE

Les nécessités inhérentes au maintien de l'ordre et au fonctionnement des services publics postulent que la compétence de l'autorité administrative soit limitée à un certain domaine.

A la différence du pouvoir juridique d'un particulier capable, la compétence d'un agent public ne peut s'exercer que dans un domaine restreint. Aussi sera-t-elle limitée dans le temps. En effet, le bon fonctionnement des services publics serait compromis si un agent pouvait lier l'administration en prenant des engagements à l'avance vis-à-vis d'un individu.

En second lieu, la nécessité de répartir les tâches entre tous les agents publics, afin d'éviter qu'une autorité détienne un pouvoir maximal, impliquera une limitation de la compétence dans l'espace.

Enfin, la compétence de l'autorité administrative sera limitée par la nécessité de sauvegarder les compétences des autres agents publics.

§ 1. — La limitation dans le temps : la compétence « ratione temporis » (58).

« Le droit de nomination qui est dévolu au Président de la République par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, aux ministres, aux préfets, aux maires, en vertu d'une délégation législative ou gouvernementale, ne peut être exercé que pour le présent. Les divers représentants de la puissance publique, investis du droit de nomination, ne peuvent nommer qu'aux postes vacants au moment même où ils disposent, sans pouvoir ni modifier les faits antérieurs ni engager l'avenir. Ils ne peuvent, autrement dit, ni reculer dans le passé les effets d'une nomination actuelle, ni pourvoir par anticipation à des emplois qui ne sont pas encore libres de titulaires... »

C'est par de telles conclusions que le Commissaire du Gouvernement Teissier dans l'affaire Lebigot (59) ouvrait la voie à la théorie de la compétence *ratione temporis*. Il dégageait, de ce fait,

(58) V. sur ce point Auby, « L'incompétence *ratione temporis* », R.D.P. 1953, p. 5 et suivantes.

(59) C.E. 17 mai 1907, Rec. Lebon, p. 460 ; D. 1909.III.26.

le principe selon lequel un agent public n'a jamais une compétence illimitée dans le temps. Le pouvoir d'édicter des actes juridiques étant lié à l'exercice d'une fonction ne peut subsister en l'absence de toute investiture de l'agent dans un emploi.

Systématisant ce principe, la doctrine allait dégager trois cas principaux d'incompétence *ratione temporis :* celle-ci pouvant en effet résulter soit de l'édiction d'un acte avant toute investiture, soit de la prise d'une décision après le retrait de l'investiture, soit enfin d'un acte administratif rétroactif ou pris par anticipation.

Il reste à dégager successivement ces trois hypothèses d'incompétence *ratione temporis,* la dernière étant de loin la plus riche en décisions jurisprudentielles.

I. — La compétence liée a l'investiture.

Cette première hypothèse ne soulève aucune difficulté, « une autorité administrative n'a, de toute évidence, qualité pour prendre une décision entrant dans sa compétence qu'à compter du jour où elle est elle-même entrée en fonctions » (60).

Mais elle dispose du pouvoir attaché à la fonction dès la signature de l'acte le lui conférant sans qu'il soit besoin d'attendre la publication de cet acte. Tel est notamment le sens d'un important arrêt du 10 janvier 1958 (61) intervenu en matière de nomination de fonctionnaires.

« Le nouveau directeur des services de sécurité publique, dès la signature de la décision individuelle lui conférant ces fonctions, était habilité à prendre toutes les mesures entrant dans les attributions du titulaire de cet emploi. »

II. — L'incompétence liée a la désinvestiture.

La compétence étant conférée pour un temps limité, celui où le fonctionnaire est en fonction, disparaîtra, de ce fait, avec la désinvestiture de l'agent. Cette deuxième hypothèse d'incompétence *ratione temporis,* corollaire de la première, souffre cependant certains tempéraments découlant de la nécessité d'assurer la continuité des services publics. L'agent public dont l'investiture est périmée peut continuer l'exercice de ses fonctions jusqu'à l'installation de son successeur, sauf opposition de l'administration. A ce sujet, une première exception a été apportée par l'article 81 de la loi du 5 avril 1884 prévoyant que les maires et adjoints dont l'investiture

(60) Odent, « Contentieux administratif », Cours I.E.P. Paris, 1957-1958, p. 795.

(61) Section, sieur Deville et autres, Rec. Lebon, p. 27.

est périmée « continuent l'exercice de leurs fonctions jusqu'à l'installation de leurs successeurs ».

Cette première exception a été généralisée à une hypothèse où la vie même des pouvoirs publics impliquait une dérogation au principe selon lequel un agent public désinvesti perdait sur le champ sa compétence. C'est celle des gouvernements démissionnaires (62). Dans un important arrêt du 4 avril 1952, syndicat régional des quotidiens d'Algérie et autres (63), la haute assemblée a, en effet, dégagé la règle selon laquelle, en vertu d'un principe traditionnel de droit public, les gouvernements démissionnaires peuvent procéder à l'expédition des « affaires courantes ». Mais, malgré ce qu'il peut y avoir de choquant dans l'idée « d'un exécutif en veilleuse, à compétence restreinte » (64), les pouvoirs du gouvernement démissionnaire ne sauraient excéder l'expédition des affaires courantes, du fait de l'absence de toute responsabilité politique.

Dès lors, il importait de savoir ce qu'on entendait par « affaires courantes ». La jurisprudence s'est efforcée de préciser cette notion. C'est ainsi que, dans l'arrêt Syndicat régional des quotidiens d'Algérie, elle s'est refusée à ranger dans la catégorie des affaires courantes la transposition en Algérie du système de la loi du 11 mai 1946 prévoyant le transfert et la dévolution des biens de presse.

Au contraire, la juridiction administrative a décidé que constituaient des affaires courantes l'établissement d'un tableau d'avancement pour les administrateurs civils (65), l'approbation d'une délibération instituant une taxe municipale (66), la détermination de la Caisse de Sécurité Sociale, à laquelle certains assurés sociaux devaient être affiliés (67).

Signalons enfin que par l'arrêt Brocas du 19 octobre 1962 (68), le Conseil d'Etat vient de décider que les actes préparatoires au réfé-

(62) Il faut prendre garde de distinguer cette hypothèse de celle où le gouvernement a prononcé lui-même la dissolution de l'Assemblée nationale. En effet sous le régime de la Constitution de 1946 le gouvernement démissionnaire conservait, conformément à l'article 52, l'intégralité de ses pouvoirs. C.E. Section 17 mai 1957, Simonet, Rec. Lebon, p. 334, concl. Heumann ; D. 1957.580, note Jeauneau.

(63) Rec. Lebon, p. 210 ; R.D.P. 1957, p. 1029, note Waline ; J.C.P. 1952. II.7138, note Vedel.

(64) L'expression est de M. Vedel dans sa note sous « Syndicat régional des quotidiens d'Algérie », précité.

(65) Ass. 4 mars 1955, Dame André, Rec. Lebon, p. 126, concl. Landron.

(66) 4 juillet 1956, Chambre de commerce de Tananarive, Rec. Lebon, p. 285 ; Recueil Penant 1956, p. 337, concl. Guionin.

(67) Section 24 mai 1957, Cie nouvelle Paris-Presse, éd. Monsouris et autres, Rec. Lebon, p. 339.

(68) Rec. Lebon, p. 555.

rendum du 28 octobre 1962 entraient, tant en raison de leur nature que de leur urgence, dans la catégorie des affaires courantes.

Il ressort de ces différentes décisions que les « affaires courantes » de la compétence du Gouvernement démissionnaire doivent s'entendre comme étant celles qui ne sont susceptibles de comporter aucun choix politique délicat, c'est-à-dire celles qui comportent la mise en œuvre de tâches essentiellement administratives, ou celles qui, à raison de l'urgence, impliquent une prise de position immédiate.

On constate donc, en définitive, que cette seconde hypothèse d'incompétence *ratione temporis* n'a pas une portée absolue. L'agent public désinvesti ne perd pas *ipso facto* sa compétence. Mais cette dérogation au principe sus-dégagé ne consacre pas une quelconque survivance d'un privilège au profit de l'autorité administrative. Plus simplement elle s'explique par les exigences inhérentes à la bonne marche des services dans l'intérêt général et partant dans l'intérêt bien compris des administrés (69).

III. — Les nominations anticipées ou rétroactives.

C'est en matière de nomination des agents publics que la notion d'incompétence *ratione temporis* trouve son champ d'application le plus vaste (70). En effet, admettre la validité des effets d'une nomination dans le passé ou dans l'avenir serait méconnaître le principe selon lequel les autorités administratives ne peuvent nommer qu'aux postes vacants au moment même où prend effet la nomination. S'il en était autrement, il pourrait arriver que, au moment où l'emploi deviendra vacant, la compétence de nomination ou les qualités requises pour être investi de l'emploi aient été modifiées d'une manière générale. Ce serait donc réaliser un empiètement sur la compétence du successeur, soit, dans le cas de

(69) D'ailleurs, il est frappant de constater que c'est l'intérêt des administrés qui conditionne le respect par l'autorité administrative du délai qui lui est parfois fixé par un texte pour prendre une décision déterminée, Section, 5 janvier 1934, Monseigneur Chollet, Rec. Lebon, p. 25 ; sect. 24 octobre 1952, Provensal, Rec. Lebon, p. 470.

En effet, dans les autres hypothèses, l'expiration du délai prévu par le texte ne fait pas disparaître la compétence de l'autorité. Ainsi en est-il non seulement lorsqu'un texte prévoit que des règlements d'application devront paraître dans un délai déterminé (Ass. 7 avril 1933, Caisse régionale de Crédit agricole du Sud-Est, Rec. Lebon, p. 437). Mais aussi en cas d'inobservation du délai imparti pour prendre des mesures individuelles (12 novembre 1948, Lemaignant, Rec. Lebon, p. 426).

(70) Mais d'une manière générale, la théorie de l'incompétence *ratione temporis* s'applique en matière de fonction publique, voir sur ce point Auby, article précité, p. 41.

nominations rétroactives, valider un empiètement sur les pouvoirs du prédécesseur.

De plus, « des nominations faites longtemps à l'avance apparaissent tout de suite pour ce qu'elles sont en réalité : des actes de favoritisme, la curée des places et emplois publics par les politiciens au profit de leur clientèle personnelle » (71).

De telles raisons militaient donc en faveur de la nullité des nominations rétroactives ou anticipées. La jurisprudence ne s'est pas fait faute de les sanctionner. Mais, à vrai dire, elle ne s'est pas toujours fondée pour en prononcer l'annulation sur la violation du principe sus-dégagé. A cet égard, il convient de distinguer entre les nominations rétroactives et les nominations anticipées.

1) L'annulation des nominations prenant effet dans le passé découle tout naturellement de l'appel au principe de non rétroactivité des actes administratifs individuels. Point n'est besoin de faire appel à la notion d'incompétence *ratione temporis* à laquelle M. Auby dénie d'ailleurs toute spécificité. C'est ainsi que dans l'arrêt Le Bigot (précité), le Conseil d'Etat relève que « le décret susmentionné est entaché d'irrégularité en ce qu'il fait naître la nomination à une époque antérieure à sa date ». De même dans l'arrêt Brugnot, du 6 novembre 1907 (72), « qu'en outre ledit arrêté est entaché d'irrégularité en ce qu'il a fait remonter à une époque antérieure à sa date l'effet de la nomination... ».

D'une manière générale, la présence de telles formules dans de nombreux arrêts du Conseil d'Etat (73) montre, s'il en était besoin, que l'appel à la notion d'incompétence *ratione temporis* est insuffisant. La haute juridiction administrative annule de telles nominations en vertu du principe général selon lequel les décisions administratives individuelles ou réglementaires ne sauraient produire effet dans le passé.

Tout au plus est-il permis de penser que l'appel à la notion d'incompétence *ratione temporis* n'est pas dépourvu de toute utilité. En effet, l'impossibilité d'empiéter sur les pouvoirs du prédécesseur, bien que constituant un aspect du principe plus général de la non rétroactivité, montre clairement le caractère nécessairement limité de la compétence dans le temps. La théorie de la compétence *ratione temporis* a le mérite de le souligner.

2) En matière de nominations anticipées, la théorie de la compétence *ratione temporis* retrouve, au contraire, une certaine utilité

(71) Jèze, « Théorie générale de la compétence », R.D.P. 1923, p. 73.
(72) Rec. Lebon, p. 906 ; R.D.P. 1909, p. 60, note Jèze.
(73) 6 février 1874, Houssan, Rec. Lebon, p. 119 ; 10 janvier 1913, Associations professionnelles des fonctionnaires des colonies, Rec. Lebon, p. 36.

pour expliquer la nullité que la jurisprudence attache à de telles décisions. En effet, le fondement de la théorie de la compétence *ratione temporis* tient essentiellement au fait que la compétence, loin de constituer un privilège pour son titulaire, est uniquement organisée dans le but d'assurer un fonctionnement correct des services publics. Or, ce fonctionnement risquerait d'être compromis si une autorité administrative procédait à une nomination à l'avance. L'appréciation des qualités requises pour être promu à un emploi doit s'effectuer au moment de la vacance dudit emploi car non seulement on ne peut préjuger des qualités personnelles du candidat désigné à l'avance mais aussi il est fort possible que des modifications interviennent en ce qui concerne les conditions spéciales d'investiture à un tel emploi. Les annulations de nominations anticipées s'expliquent par de telles considérations. Si en effet, une autorité administrative peut toujours prendre des actes individuels qui s'imposeront à ses successeurs, cette possibilité ne vaut que dans la mesure où elle possédait, au moment de l'édiction de l'acte, le pouvoir légal de les prendre. En matière de nomination, la compétence est donc limitée à la période où l'emploi étant devenu vacant, il est possible pour l'autorité qui prend la décision d'en apprécier son opportunité, eu égard aux qualités personnelles du candidat. Prétendre le contraire serait empiéter sur la compétence du successeur en lui imposant des fonctionnaires dont la nomination lui incombe personnellement.

Il est certain que la jurisprudence a consacré un tel principe. Qu'il nous suffise de mentionner, à travers une série de décisions (74) la formule particulièrement typique de l'arrêt Fighiéra (75). S'agissant d'une nomination anticipée, le Conseil d'Etat relève que « la mesure n'apparaît que comme prise en vue d'assurer d'avance à un fonctionnaire la possession d'un emploi qu'il n'a pas encore le droit d'occuper, et comme constituant par suite purement et simplement un empiètement éventuel sur les pouvoirs du ministre qui sera en fonction lorsque la vacance se réalisera... ».

Toutefois, l'examen de la jurisprudence révèle une exception au principe de la compétence *ratione temporis*. En effet, en dehors des hypothèses où les promotions ou avancements ont, d'après le législateur, un caractère automatique, la jurisprudence valide, dans certains cas, la pratique des nominations anticipées. Ainsi en est-il notamment dans les arrêts Apcher et Cornilleau (précités). Mais

(74) 15 mars 1922 Lasserteux, Rec. Lebon, p. 228 ; 11 mars 1931, Apcher, Rec. Lebon, p. 277 ; R.D.P. 1931, p. 136, concl. Andrieux ; 13 mars 1931, Danjoy, Rec. Lebon, p. 293 ; 2 février 1944, Cornilleau, Rec. Lebon, p. 40.

(75) 5 juillet 1919, Rec. Lebon, p. 605.

ces décisions, loin de constituer une dérogation à la règle sus-dégagée, en accentuent au contraire la portée. En effet, nous avons signalé que la limitation de la compétence dans le temps trouve son fondement dans la nécessité d'assurer la bonne marche des services publics. Or, il est frappant de constater que c'est le même fondement qui justifie les exceptions au principe de la limitation de la compétence dans le temps. Significatif est, à cet égard, le considérant de l'arrêt Fighiera :

« Considérant que, si les administrations publiques peuvent être amenées dans les mouvements de personnel qu'elles préparent, à proposer à la signature de l'autorité compétente des nominations anticipées qui ne devaient recevoir leur effet qu'à l'époque où s'ouvriraient les vacances qu'elles sont destinées à remplir, cette pratique ne trouve sa justification juridique que dans les nécesssités du service et le souci d'assurer son fonctionnement dans les meilleures conditions possibles... »

On constate en définitive, que les règles sur la limitation de la compétence dans le temps, souffrent des exceptions toutes les fois que l'intérêt supérieur du service l'exige.

Si la compétence est limitée dans le temps, c'est, en effet, essentiellement parce que l'agent public n'est capable d'apprécier les exigences inhérentes au fonctionnement correct des services que dans la mesure où il exerce effectivement sa fonction. C'est la fonction qui justifie la compétence. L'autorité administrative qui en est dépourvue perd *ipso facto* tout pouvoir.

Mais si la compétence est restreinte dans le temps, elle est aussi limitée dans l'espace. C'est à cette seconde limitation qu'il convient à présent de s'attacher.

§ 2. — La limitation dans l'espace : la compétence « ratione loci ».

Le pouvoir d'édicter des actes juridiques est traditionnellement limité à un territoire. Pour les autorités centrales, le champ d'application de leur pouvoir est constitué par les limites mêmes du territoire national. Au contraire, les autorités locales voient leur compétence limitée à une portion du territoire, à une circonscription administrative.

Si cette limitation dans l'espace ne semble soulever aucune difficulté, encore faut-il en préciser la véritable portée. Prétendre que la compétence est limitée à un territoire ne signifie pas que la réglementation s'exerce envers ce territoire. Cette affirmation serait, de plus, dépourvue de toute valeur, car il est évident que ce n'est pas

une portion délimitée d'espace qui constitue l'objet de la règle de droit.

Le territoire apparaît avant tout comme un élément de localisation des personnes visées par la réglementation juridique. La compétence est donc limitée non à proprement parler à un territoire mais plutôt aux personnes qui y résident. Telle est notamment l'opinion soutenue par M. Eisenmann (76).

La compétence est un pouvoir s'exerçant sur des personnes résidant sur un territoire.

En principe, les exemples d'incompétence *ratione loci* sont fort rares (77). Les circonscriptions administratives territoriales sont en effet bien délimitées. Toutefois, dans une espèce récente (78), le Conseil d'Etat vient d'être amené à trancher le problème des limites aériennes d'une circonscription. Au cas d'espèce, il s'agissait d'un système de publicité par projection lumineuse sur les nuages. L'inventeur de ce procédé ingénieux, le sieur Chiaretta, s'était vu refuser par la préfecture de police, l'autorisation d'égayer par ses projections la fête du petit vin blanc de Nogent-sur-Marne. Désirant obtenir l'annulation d'une telle décision, le requérant faisait valoir, entre autres moyens, l'incompétence du préfet de police pour réglementer une situation localisée sur le territoire d'une commune. Les procédés utilisés pour la réalisation d'une telle publicité étant situés sur le territoire de la commune de Nogent-sur-Marne, le maire de cette dernière était seul compétent.

Si cette argumentation était retenue, il en résulterait selon les dires du Commissaire du Gouvernement Braibant, que « la compétence de chaque autorité de police générale s'étendrait à la fraction de l'espace située au-dessus de sa circonscription, et serait limitée dans l'atmosphère, et peut-être même au-delà, par la projection à la verticale des frontières terrestres de cette circonscription. Un tel système se rattachant à la conception romaine du droit de propriété paraît peu compatible avec une répartition rationnelle des pouvoirs de police... »

Le Conseil d'Etat ne s'est d'ailleurs pas rangé au bien-fondé de la requête. Il a considéré que le système de publicité intéressait plusieurs communes : le produit étant visible dans un rayon de trois kilomètres. Dès lors, « il appartenait au préfet de police... de prendre, pour l'ensemble des communes dont s'agit ou plusieurs

(76) Sur ce point, cf. EISENMANN, « Cours de Paris », 1949-50, p. 365.

(77) C. cependant 27 janvier 1950, Perrin, Rec. Lebon, p. 64 ; 27 mai 1927, Filippi, Rec. Lebon, p. 612.

(78) C.E. 15 décembre 1961, Chiaretta, Revue Administrative 1962, n° 85, p. 44, conclusions Braibant.

d'entre elles, les mesures nécessaires dans l'intérêt de la liberté et de la sécurité de la circulation sur les voies publiques... ».

L'arrêt Chiaretta infirme donc la théorie de la compétence liée strictement à un territoire déterminé. L'espace n'est qu'un élément de localisation pour l'exercice d'un pouvoir. L'aptitude à édicter un acte juridique doit être considérée non en fonction de la portion géographique où elle s'exerce mais par rapport aux catégories de personnes qui y résident.

Quoi qu'il en soit, la théorie de l'incompétence *ratione loci* montre une fois de plus le caractère limité de la compétence des autorités administratives. Le pouvoir dont est investi un agent public n'est jamais total. Les limitations qu'il souffre sont la conséquence du caractère conditionné de la compétence. Et ce conditionnement nous semble être constitué essentiellement par la nécessité d'assurer le fonctionnement des services publics, nécessité tempérée par le souci de sauvegarder les intérêts essentiels des administrés.

§ 3. — La limitation découlant du principe de la répartition des compétences.

Une autorité administrative ne peut prendre des décisions que dans le domaine qui lui est assigné par la loi. « La compétence des agents publics a, en effet, un caractère fragmentaire. Elle ne peut s'exercer que dans les limites tracées, soit par des lois spéciales, soit par la loi qui confie à un service le soin d'assurer certaines tâches. » (79).

Si une autorité administrative agit en dehors du domaine qui lui est préalablement fixé, elle méconnaît le principe de répartition des compétences entre les agents publics. La juridiction administrative sanctionne donc les empiètements effectués par une autorité sur les pouvoirs d'une autre autorité.

A ce sujet, l'incompétence peut résulter soit d'un empiètement des autorités exécutives sur les organes délibérants, soit d'une emprise de l'autorité supérieure sur l'autorité inférieure, soit, enfin, d'un éventuel empiètement de l'autorité inférieure sur les pouvoirs de l'autorité supérieure.

(79) Auby, « L'inexistence des actes administratifs », p. 102.

I. — Empiètement des autorités exécutives sur les organes délibérants (ou inversement) (80).

Dans les circonscriptions administratives décentralisées, l'autorité exécutive ne dispose pas d'une plénitude de pouvoir. La loi réalise, en effet, un partage de compétence entre organes délibérants et agents exécutifs. Néanmoins, il arrive fréquemment que ce partage ne soit pas respecté. Préfets ou maires ont, en effet, souvent tendance à empiéter sur les pouvoirs de l'Assemblée. Aussi la juridiction administrative a-t-elle été amenée fréquemment à sanctionner de telles transgressions à la répartition des compétences. Ainsi, dans un arrêt Bobjean du 13 décembre 1912 (81), la haute assemblée a annulé une décision d'un préfet qui voulait adjoindre des membres à voix consultative aux commissions sanitaires, alors que d'après la loi, le Conseil général est seul compétent à l'égard de ces commissions.

De même dans un arrêt Blanc du 31 mars 1911 (82), le Conseil d'Etat relève un excès de pouvoir dans le fait pour un maire de supprimer un emploi pour lequel un crédit avait été voté pour toute l'année.

Il apparaît donc que les règles sur la répartition des compétences sont sanctionnées toutes les fois où une autorité exécutive déborde du cadre qui lui est assigné par la loi et réalise un empiètement sur les pouvoirs d'un organe délibérant.

Le même souci de protection des règles de compétence ressort de la jurisprudence relative aux empiètements de l'autorité inférieure sur les pouvoirs de l'autorité supérieure.

II. — Empiètements de l'autorité inférieure sur les pouvoirs de l'autorité supérieure.

De tels empiètements peuvent, à double titre, paraître illégaux. Tout d'abord parce qu'ils violent les règles sur la répartition normale des compétences, ensuite parce qu'ils méconnaissent le principe hiérarchique. A dire vrai, seul est pris en considération le premier moyen d'illégalité. Ainsi, dans un arrêt Caille du 21 février 1919 (83), le Conseil d'Etat sanctionne l'immixtion d'un maire dans la police des chemins de fer.

(80) Mais ces hypothèses sont plus rares, voir cependant, C.E. 16 juillet 1915, Abbé Couvenhes, Rec. Lebon, p. 239.

(81) Rec. Lebon, p. 1207.

(82) Rec. Lebon, p. 407, voir aussi C.E. 8 avril 1911, commune de Ousse-Suzan, Rec. Lebon, p. 470.

(83) Rec. Lebon, p. 180.

De même, le sous-secrétaire d'Etat aux Sports empiète sur la compétence du ministre en créant les Conseils départementaux des sports (84).

Signalons enfin que, conformément à une jurisprudence constante, les matières réservées à certains ministres, et sur lesquelles il doit être statué par conséquent par arrêté interministériel, ne sauraient être réglées par simple arrêté ministériel (85).

Au contraire, la méconnaissance du pouvoir hiérarchique n'est pas prise en considération dans l'hypothèse d'un empiètement de l'autorité inférieure sur les pouvoirs de l'autorité supérieure. En effet, le supérieur ne peut pas, en utilisant le pouvoir dont il dispose sur l'inférieur, faire échec au principe de la répartition des compétences entre les autorités. Ainsi a-t-il été jugé que malgré les instructions favorables du ministre, un préfet ne saurait se substituer à lui.

Le pouvoir d'instruction est donc insuffisant pour modifier l'ordre normal des compétences et pour autoriser un empiètement sur les pouvoirs du supérieur, même dans l'hypothèse où cet empiètement est provoqué par la volonté du titulaire normal de la compétence. C'est là, semble-t-il, la preuve éclatante du caractère impersonnel et limité de l'aptitude à décider.

Ce caractère se retrouve enfin, dans la dernière hypothèse, celle où une autorité supérieure empiète sur les pouvoirs d'une autorité administrative ayant rang inférieur.

III. — Empiètement sur les pouvoirs d'une autorité administrative ayant rang inférieur.

Ne conférant pas un droit subjectif, la compétence n'en définit pas moins une charge personnelle pour son titulaire. Dès lors, et quelle que soit la place occupée par une autorité dans la hiérarchie, le supérieur de cette autorité ne peut valablement, en l'absence de toute habilitation, se substituer à elle.

La substitution est illégale aussi bien au cas de hiérarchie qu'au cas de tutelle. Ainsi dans un arrêt Yasri du 28 octobre 1949 (86), le Conseil d'Etat a annulé la révocation d'un gendarme auxiliaire commissionné au Maroc, parce qu'elle avait été prononcée par le mi-

(84) 1er février 1939, Union nationale des Associations de parents d'élèves de l'Enseignement libre, Rec. Lebon, p. 52.

(85) C.E. 27 décembre 1946, Badog, Rec. Lebon, p. 319 ; 14 décembre 1951, Sté pour l'Esthétique générale de la France, Rec. Lebon, p. 599 ; 26 novembre 1954, Syndicat général des producteurs de sucre, Rec. Lebon, p. 618.

(86) Rec. Lebon, p. 474 ; Section 26 décembre 1952, Angeli, Rec. Lebon, p. 608.

nistre de la guerre alors qu'un décret avait formellement réservé le pouvoir de révocation au chef de corps.

Cependant, il est toujours possible qu'une autorité supérieure ajoute sa décision à celle de l'agent régulièrement compétent à un degré moins élevé de la hiérarchie. Cette adjonction ne modifie en rien l'ordre normal des compétences. Elle ne constitue, en tout état de cause, qu'une formalité supplémentaire qui est impropre à réduire la déconcentration administrative. Ainsi le Conseil d'Etat admet qu'un décret puisse venir régler une matière réservée à l'arrêté ministériel (87). En effet, la décision ayant été prise par le ministre compétent, la signature du chef de l'Etat ou du Président du Conseil apparaît, dès lors, comme surabondante.

Enfin dans l'hypothèse où l'autorité subordonnée est décentralisée, la haute juridiction administrative sanctionne systématiquement les empiètements de l'autorité supérieure (88).

En résumé quelle que soit la façon dont les règles de compétence ont été transgressées, le Conseil d'Etat en sanctionne toujours les violations. Ces règles présentent, en effet, un caractère impératif. Elles sont d'ordre public.

Ces annulations montrent à l'évidence le caractère essentiellement limité de la compétence. L'autorité centrale tout comme l'autorité décentralisée ne dispose pas d'une plénitude de pouvoir. A ce sujet, la qualité de supérieur ou d'inférieur importe peu. Seul doit être pris en considération le fait que le législateur assigne à chaque autorité un certain domaine (plus ou moins large) dans lequel elle pourra user de son aptitude légale à édicter des actes juridiques unilatéraux.

(87) C.E. 8 mai 1914, Syndicat des employés de l'artillerie, Rec. Lebon, p. 542 ; Section 26 juillet 1947, Richer de Forges, Rec. Lebon, p. 357.
(88) 13 décembre 1912, Maire de Maury, Rec. Lebon, p. 1198.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

Au terme de cette étude, il importe de se prononcer sur la nature de l'aptitude à faire des actes juridiques unilatéraux. La compétence revêt l'aspect d'un pouvoir étroitement conditionné. Pour l'autorité administrative, elle définit plus une sujétion qu'un droit. Comme le souligne M. Vedel (89)' « le terme même de compétence évoque une action soumise à des sujétions qui ne s'imposent pas à la capacité des individus ». L'autorité administrative ne dispose d'aucun droit sur sa compétence. Elle ne peut renoncer à l'exercer. Il lui est interdit de s'en décharger librement. Elle ne peut agir que dans un domaine préalablement fixé et pour une durée qui n'excède pas son maintien en fonction.

L'autorité administrative n'est pas maîtresse de sa compétence. Elle n'intervient que pour la mettre en œuvre. C'est le législateur qui détermine la compétence, qui en fixe les caractères et la sphère d'application.

La compétence est donc étroitement subordonnée à la volonté du législateur.

Mais cette dépendance est-elle exclusive ? La compétence n'est-elle limitée que par la volonté du législateur ? Le pouvoir discrétionnaire n'évoque-t-il qu'un problème de rapports entre l'administration et la loi ? Ou à l'inverse la compétence est-elle limitée par d'autres considérations ?

La réponse à de telles questions constituera l'objet du Titre II.

(89) VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », Etudes et documents, 1954, p. 43.

TITRE II

L'EXERCICE DES COMPETENCES

Dans l'exercice de sa compétence et en dehors des hypothèses où le législateur lui dicte impérativement sa conduite, l'autorité administrative dispose traditionnellement d'un pouvoir discrétionnaire qui échappe au contrôle juridictionnel.

Cette liberté dans le choix et les motifs de la décision résulte-t-elle de l'indétermination législative en ce sens que la compétence serait discrétionnaire toutes les fois que le législateur s'est abstenu de préciser les motifs qui doivent guider l'action administrative ? En d'autres termes le pouvoir discrétionnaire est-il un simple problème de rapports entre l'administration et la loi ou au contraire l'indétermination législative est-elle insuffisante pour expliquer la marge de liberté laissée à l'autorité administrative dans l'exercice de sa compétence ?

La compétence n'est-elle limitée que par la volonté du législateur ou souffre-t-elle d'autres restrictions ? Tel est le problème fondamental qu'il convient de résoudre.

Pour y parvenir il importe de préciser où se situe le pouvoir discrétionnaire dans l'acte administratif.

Il est certain que la liberté de l'administration ne peut se manifester dans le but de l'acte. La compétence ne peut être exercée qu'en vue d'une fin déterminée : l'utilité publique, l'intérêt général. La compétence est strictement finalisée quant au but et la juridiction administrative sanctionne rigoureusement les éventuels détournements de pouvoir.

De même l'objet de l'acte administratif, c'est-à-dire l'effet qu'il produit immédiatement et directement ainsi que ses motifs c'est-à-dire les antécédents de droit ou de fait qui justifient la décision n'échappent pas au contrôle juridictionnel. Ainsi la mesure d'interdiction d'une manifestation ne peut être valable que si elle est légitimée par des menaces réelles à l'ordre public. Le Conseil d'Etat et les Tribunaux administratifs se reconnaissent le droit d'examiner si dans les « circonstances de l'espèce » une telle mesure pouvait être légalement prise. Le contrôle du détournement de pouvoir se double donc d'un contrôle assez strict de l'existence des motifs précédant une décision administrative.

Il semble donc à première vue, que l'autorité administrative ne dispose d'aucune liberté dans l'élaboration d'un acte réglementaire ou individuel puisque le contrôle porte successivement sur le but, l'objet et les motifs de l'acte juridique. En réalité, il n'en est rien. Le juge se heurte, en effet, traditionnellement à la barrière de l'opportunité de la décision : c'est-à-dire la possibilité pour un agent administratif d'adapter librement l'objet de l'acte à ses motifs (1). Le pouvoir discrétionnaire se manifeste essentiellement par une libre correspondance entre l'objet de l'acte et ses motifs.

Ainsi, en matière de police municipale, le juge administratif peut être amené à se poser une triple question. En premier lieu, il se demandera si les motifs de l'arrêté sont de la nature de ceux prévus par la loi. Il effectuera alors un contrôle du détournement de pouvoir ou de la qualification *in abstracto.*

En second lieu, il examinera si les motifs de l'arrêté étaient dans les « circonstances de l'espèce » de nature à justifier la décision attaquée. Ce contrôle le conduira à apprécier la réalité des possibilités de désordres qui motivent l'arrêté de police.

Enfin, dans une dernière étape, il pourra être amené à se pencher sur le problème de la proportion existante entre l'objet de la décision c'est-à-dire la mesure d'interdiction et ses motifs c'est-à-dire les menaces à l'ordre public.

Ce n'est qu'à ce stade ultime du contrôle juridictionnel que toute trace de pouvoir discrétionnaire aura disparu : le juge administratif substituant son appréciation à celle de l'administrateur.

C'est donc en fonction de ce triple contrôle qu'il appartient d'examiner le problème de la liberté dont dispose l'administration dans l'exercice de sa compétence. Toutes les fois où le juge administratif s'érigera en censeur non seulement du but poursuivi ou de l'existence matérielle des motifs mais aussi de la proportion entre

(1) Cette définition du pouvoir discrétionnaire est empruntée à M. VENEZIA, dans sa thèse sur « le Pouvoir discrétionnaire », L.G.D.J., 1958.

l'objet de l'acte et ses motifs, la liberté de l'administration sera réduite au minimum.

A l'opposé, dans les hypothèses d'un contrôle limité au détournement de pouvoir et à l'appréciation des faits, il sera permis d'admettre l'existence d'un pouvoir partiellement discrétionnaire résidant dans une libre correspondance entre l'objet de l'acte et ses motifs.

La liberté de l'administration dans l'acte administratif réside, en définitive, dans une libre adéquation entre l'objet de l'acte et ses motifs. Mais cette liberté est-elle fonction de l'indétermination légale ou résulte-t-elle d'autres considérations ?

Pour la majorité de la doctrine (2), le pouvoir discrétionnaire est essentiellement un problème de rapports entre la loi et l'administration. Ainsi, il y a pouvoir discrétionnaire lorsque la loi n'énonce pas les motifs pour lesquels l'autorité administrative pourra exercer sa compétence. Dans cette hypothèse, le Conseil d'Etat s'abstient d'exercer son contrôle. L'autorité administrative peut agir pour le motif qui lui semble le plus opportun sous réserve de ne pas aller à l'encontre de la loi. Pour les tenants de cette théorie, l'indétermination législative est le signe manifeste du pouvoir discrétionnaire, ce qui implique que l'exercice de la compétence est étroitement fonction de la volonté du législateur.

Que penser de cette théorie ? Sans doute a-t-elle le mérite de fournir une explication simple à une question particulièrement ardue. De plus elle permet de mettre sur la voie du pouvoir discrétionnaire. L'indétermination législative constitue toujours une présomption de compétence discrétionnaire. Mais la doctrine légaliste est impuissante à rendre compte de toutes les solutions jurisprudentielles. Notamment nous verrons que dans des hypothèses d'indétermination de la règle de droit, le Conseil d'Etat n'hésite pas à limiter la liberté d'action de l'administration. Aussi est-il nécessaire de la compléter par l'intervention d'une considération seule capable d'expliquer la jurisprudence administrative.

Cette « variable » est fournie, croit-on, par la situation juridique du destinataire de l'acte. Le pouvoir discrétionnaire ou plutôt la liberté relative de l'autorité administrative car « les pouvoirs et les actes de l'administration ne sont jamais que partiellement discrétionnaires » (3), dépend étroitement de la situation juridique du destinataire de l'acte. Selon que ce dernier est placé dans une situa-

(2) Bonnard, « Le Pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », R.D.P. 1923, p. 1363 ; Waline, « Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », R.D.P. 1930, p. 197.

(3) Eisenmann, « Cours de Doctorat », Paris 1949-1950, p. 419 et suiv.

tion d'infériorité par rapport à l'administration, le contrôle sera plus réduit et partant la liberté de l'agent plus grande. Si au contraire, le particulier visé peut opposer à la puissance publique des droits dûment reconnus par la loi ou la Constitution, la liberté de l'administration sera réduite au minimum. C'est donc la situation juridique du destinataire de l'acte qui commande l'ampleur ou la faiblesse du contrôle juridictionnel.

La censure effectuée par le juge administratif n'est pas, en effet, uniforme. Elle varie essentiellement en fonction des intérêts, des droits mis en présence, c'est-à-dire avant tout en fonction des réalités psychologiques et sociologiques dont les droits ne sont que la traduction. Le pouvoir disciplinaire recèle un élément de « discrétionnalité » parce qu'il intéresse les rapports de deux personnes inégales : le supérieur hiérarchique symbolisant la puissance commandante et l'agent public assujetti par un acte d'allégeance à la puissance publique.

Tout au contraire, la haute juridiction administrative n'hésitera pas à intensifier son contrôle dès lors que l'intérêt des administrés paraît commander une telle attitude. Ainsi en sera-t-il en matière de police ou dans le contentieux des réquisitions.

Dans ces hypothèses, la compétence s'exerce, en effet, à l'encontre de droits ou de libertés reconnus par la loi et garantis par la Constitution. Cette seule considération tirée de l'importance de la situation juridique du destinataire de l'acte justifiera l'existence d'un contrôle maximal.

L'exercice de la compétence n'est pas essentiellement subordonné aux volontés du législateur mais dépend pour une large part de la situation juridique du destinataire de l'acte.

Mais ces destinataires quels sont-ils ? Est-il possible de les regrouper en catégories ? La diversité des situations juridiques permet-elle l'établissement de « types » de destinataires ?

Malgré la diversité des droits et des intérêts, il semble toutefois possible de distinguer trois grandes catégories correspondant à trois « espèces » de destinataires.

En premier lieu, il apparaît possible de classer dans une même catégorie les étrangers. Quelle que soit, en effet, la diversité des cas particuliers, la situation nettement défavorisée des étrangers constitue un caractère commun qui explique la grande marge de liberté laissée à l'administration dans ses rapports avec cette première série de destinataires.

En second lieu, nous trouvons la catégorie plus large des agents publics. Ces derniers, bien que détenteurs de droits et de garanties opposables à l'administration, ne sont cependant pas, vis-à-vis d'elle,

dans une situation d'égal à égal. Aussi, et quels que soient les progrès du contrôle juridictionnel, il subsistera toujours une certaine marge de liberté au profit du supérieur hiérarchique. Cette marge de liberté se traduit au plan contentieux par l'absence d'un contrôle portant sur la correspondance entre l'objet de l'acte et ses motifs.

Enfin, dans l'hypothèse où l'autorité subordonnée est décentranistrés. Ces derniers se trouvent placés dans une position plus privilégiée dans la mesure où ils peuvent faire valoir des droits et des libertés reconnus et protégés. Dans cette hypothèse, le contrôle juridictionnel portera sur la correspondance entre l'objet de l'acte et ses motifs.

Le contrôle juridictionnel varie donc en fonction de ces trois catégories de destinataires. Il se produit en quelque sorte un dégradé dans l'étendue du contrôle exercé par la juridiction administrative. Ce dégradé, il importe de le retracer afin de vérifier que l'exercice de la compétence est non seulement fonction de la réglementation législative mais aussi et surtout de l'importance de la situation juridique du destinataire de l'acte.

Nous serons donc amenés à étudier successivement l'exercice des compétences à l'égard des étrangers, des agents publics et des administrés.

CHAPITRE PREMIER

L'exercice des compétences à l'égard des étrangers.

Les pouvoirs de l'autorité administrative dépendent pour une large part, de la force ou de la faiblesse des droits impartis aux destinataires de l'acte. Aussi n'est-il pas surprenant de constater l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration dans ses rapports avec les étrangers. La faible importance des droits reconnus à l'étranger, la situation de pure faveur dont il bénéficie, justifient sur le plan juridique l'existence d'une marge substantielle de liberté au profit des autorités administratives.

« En pareil cas la liberté de l'administration devient le principe : elle peut refuser, retirer. La légalité se résume pour elle, en ce qui concerne les faits, en trois règles : ne pas travestir la matérialité des faits, ne s'inspirer que des motifs en considération desquels ses pouvoirs lui ont été donnés, ne se décider que pour des raisons tirées de l'examen individuel de la situation sans opposer de décision de principe. Dans ces limites son appréciation est discrétionnaire » (4).

Le contrôle juridictionnel sera donc limité au strict minimum. Il portera éventuellement sur le détournement de pouvoir. Il s'exercera, en outre sur la matérialité des faits. Mais, d'une part, le juge administratif ne se livrera pas à une appréciation des faits ou contrôle de la qualification *in concreto*, d'autre part, son contrôle ne descendra jamais jusqu'à l'opportunité de la décision. Toutefois, avant de confronter la véracité de ces allégations aux données juris-

(4) Note J.G., sous C.E. 14 mai 1948, Imbach, D. 1949.226.

prudentielles, une remarque importante s'impose. Notre propos n'est pas, en effet, de faire œuvre exhaustive et d'entreprendre une étude systématique des mesures concernant les étrangers (5), mais plutôt de dégager, dans l'abondant contentieux relatif à cette matière, les solutions révélatrices des tendances jurisprudentielles. Trois secteurs nous ont semblé, à ce titre, mériter une attention particulière.

Le premier est constitué par l'ensemble des mesures concernant l'expulsion des étrangers. Il concerne les décisions administratives visant des personnes physiques dont l'activité est incompatible avec le maintien sur le territoire national.

Le second est relatif aux mesures de rétorsion prises à l'encontre des personnes morales étrangères, et, plus particulièrement, au contentieux des dissolutions et des retraits d'autorisations des associations étrangères.

Enfin le troisième secteur, plus original, a trait aux décisions concernant les publications étrangères.

L'étude de ce triple contentieux permettra de vérifier, à travers les décisions jurisprudentielles, l'existence d'une marge importante de liberté laissée à l'administration dans ses rapports avec les étrangers.

Section I

LES MESURES D'EXPULSION DES ETRANGERS

L'expulsion est un acte par lequel un Etat somme et au besoin contraint, pour des motifs de sécurité intérieure ou extérieure, un ou plusieurs individus se trouvant sur son territoire, d'en sortir dans un bref délai (6).

A la différence du bannissement, l'expulsion n'a pas le caractère d'une peine. Elle constitue, par excellence, une mesure de police uniquement appliquée à l'encontre des étrangers. Dans l'exercice de cette police, l'administration est investie d'un pouvoir discrétionnaire, justifié par le fait que l'étranger ne dispose d'aucun droit à rester sur le territoire national. Dès lors, le Conseil d'Etat saisi d'un recours contre un arrêté d'expulsion, procède à des investigations

(5) Voir à ce sujet G. Chesné, « L'établissement des étrangers en France et la communauté économique européenne », thèse, Rennes 1961 ; Lachaze, « Les étrangers dans le droit public français, 1928 ; Desage, « La réglementation des étrangers en France », 1950, p. 7 et suiv.

(6) S. Basdevant, Rép. crit. Dr. Int. VIII, V° étranger, n° 187.

limitées au détournement de pouvoir et à l'existence matérielle des faits sur lesquels est fondée la décision.

Il importe maintenant de vérifier cette allégation à la lumière des trois textes principaux qui ont réglementé ou réglementent actuellement l'expulsion des étrangers.

I. — Aux termes de l'article 7 de la loi du 3 décembre 1849, le ministre de l'Intérieur pouvait, par simple mesure de police, enjoindre à tout étranger voyageant ou résidant en France de sortir immédiatement du territoire français. Ce texte inspiré par des motifs politiques et particulièrement par le souci de lutter contre une immigration envahissante, investissait le ministre de l'Intérieur d'un large pouvoir discrétionnaire. Aussi, le Conseil d'Etat saisi de recours contre des arrêtés d'expulsion ne pouvait se livrer qu'à un contrôle limité. Dans un arrêt Giloff du 21 octobre 1936 (7) la haute assemblée, tout en admettant la recevabilité du recours intenté contre de semblables mesures, relève que « le sieur Giloff n'établit pas que la décision attaquée soit entachée de détournement de pouvoir et n'invoque la violation d'aucune disposition législative; qu'enfin le requérant n'est pas recevable à discuter l'opportunité de la mesure prise à son égard ». La même formule se retrouve dans les arrêts Diakonoff du 18 mars 1936 et Godera du 21 juillet 1937 (8).

Dans l'arrêt Widner du 8 juillet 1936 (9) le Conseil d'Etat se livre également à un contrôle de l'exactitude matérielle des motifs invoqués. Il décide, en l'absence de toute preuve de l'inexactitude matérielle de ces motifs, que le ministre de l'Intérieur a agi dans la limite de ses pouvoirs : l'appréciation des faits qui ont motivé la mesure n'étant pas de nature à être discutée devant lui.

La constance de ces formules est révélatrice de la position de la haute assemblée. L'absence de tout droit au profit du destinataire de l'acte conditionne la faiblesse du contrôle juridictionnel dans une hypothèse où le législateur a laissé tout pouvoir à l'autorité administrative.

II. — Il en fut de même avec le décret du 2 mai 1938. Intervenant dans un contexte social et international extrêmement délicat, le décret du 2 mai 1938 ne pouvait apporter aucune réforme véritable en matière d'expulsion des étrangers. Aussi l'arrêt Kaboloeff du 8 mars 1940 (10) s'inscrit-il dans la ligne de la jurisprudence précitée. « Considérant qu'en estimant que la présence du sieur Kabo-

(7) Rec. Lebon, p. 898.
(8) Rec. Lebon, p. 339 ; Rec. Lebon, p. 725.
(9) Tables, p. 1360.
(10) Assemblée S. 1941.III.14 ; v. aussi C.E. 21 octobre 1942, Giovanoli, Rec. Lebon, p. 275.

loeff sur le territoire national était dangereuse, le ministre de l'Intérieur, s'est livré à une appréciation des faits qui n'est pas susceptible d'être discutée devant le Conseil d'Etat; que le requérant, qui n'apporte pas la preuve de l'inexactitude matérielle des faits ayant motivé l'arrêté attaqué, n'est, dès lors, pas fondé à demander l'annulation dudit arrêté ».

Il est vrai, cependant, que le décret du 2 mai 1938, dans son article 10, avait institué une procédure contradictoire destinée à entraver, dans la mesure du possible, les expulsions automatiques. Mais les conditions requises pour bénéficier de cette garantie étaient telles que bien peu d'étrangers eurent le privilège d'en bénéficier. Notamment la procédure contradictoire n'était pas applicable si la mesure d'éloignement prise à l'encontre d'un étranger était provoquée par des mesures touchant à l'ordre public ou à la sécurité nationale. L'appréciation de ces motifs étant laissée au ministre de l'Intérieur (11), la garantie était, en ce domaine, purement illusoire.

III. — « Animé, d'une part, par le désir de doter les étrangers résidant sur notre sol d'un statut juridique plus libéral et, d'autre part, par le souci de favoriser le plus possible la politique d'immigration projetée par le gouvernement pour remédier à la situation alarmante de notre pays du point de vue démographique » (12), l'ordonnance du 2 novembre 1945 allait atténuer la sévérité du décret du 2 mai 1938. Notamment, aux termes de l'article 25 de l'ordonnance, l'étranger qui justifie être entré en France dans des conditions régulières et être régulièrement titulaire d'une carte de séjour de résident a, s'il le demande, et sauf cas d'urgence absolue reconnue par le ministre de l'Intérieur, le droit d'être entendu par une commission spéciale. L'institution de cette procédure contradictoire était certes un progrès par rapport aux textes antérieurs. Mais l'allusion à l'urgence absolue comme exception à cette garantie pouvait légitimement rendre sceptique sur la portée de cette mesure. Le ministre de l'Intérieur n'allait-il pas dans tous les cas, se retrancher derrière l'urgence pour refuser aux étrangers le bénéfice de l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ? Qu'adviendrait-il alors si le Conseil d'Etat refusait d'exercer son contrôle sur l'inexistence ou la réalité de l'urgence ?

C'est pourtant une telle attitude qui a été adoptée par notre haute juridiction administrative, dans un arrêt Eckert du 24 octo-

(11) C.E. 3 avril 1940, Salom, Rec. Lebon, p. 124.

(12) R. Le Gabec, « L'expulsion des étrangers aux termes de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et du décret du 18 mars 1946 » ; Rev. Crit. de Drt. Intern. privé, 1948, p. 235 et s.

bre 1952 (13) rendu contrairement aux conclusions du Commissaire du Gouvernement Letourneur. Statuant sur l'application de l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, le Conseil d'Etat relève : « que le contrôle de l'appréciation faite par le ministre de l'Intérieur en vertu de cette disposition en ce qui concerne la réalité de l'urgence et son caractère échappe au Conseil d'Etat statuant au contentieux ».

Une telle solution était en tous points critiquable. En effet, l'emploi des termes « urgence absolue » témoignait de la volonté du législateur de restreindre les cas où la procédure contradictoire ne jouerait pas et M. Letourneur était en droit de conclure à l'annulation de l'arrêté d'expulsion au motif que « l'urgence étant un état exceptionnel, conduisant sur le plan juridique, à des conséquences exceptionnelles, doit être motivée devant le juge de l'excès de pouvoir qui a la charge de contrôler son existence réelle » (14).

D'autre part, un tel contrôle n'impliquait en aucune façon un empiètement du juge administratif sur le domaine réservé à l'administration, car comme le faisait remarquer M. Waline (15) « l'administration n'a jamais un pouvoir discrétionnaire d'appréciation de la légalité de ses obligations juridiques ».

Cette solution, aboutissant à supprimer toute garantie en matière d'expulsion des étrangers, n'allait pas tarder à être modifiée. En effet, par l'arrêt Hamou ben Brahim ben Mohamed (16) rendu le 18 mars 1955, l'Assemblée plénière du contentieux admettait implicitement le contrôle de la réalité de l'urgence. Sans doute, la haute juridiction n'a-t-elle pas suivi les conclusions du commissaire du gouvernement Laurent en ce qui concerne l'application à l'espèce des règles dégagées dans ses conclusions. Mais cela tient uniquement au fait que le requérant auquel il incombait d'apporter une présomption du caractère non urgent de la mesure, n'avait même pas contesté l'affirmation du ministre déclarant la mesure urgente. Néanmoins la modification de la jurisprudence Eckert découle implicitement de la lecture du considérant essentiel de l'arrêt.

« ...Considérant que, dans ses observations au pourvoi, le ministre de l'Intérieur soutient que l'expulsion du sieur Hamou ben Brahim ben Mohamed dit Paci présentait un caractère d'urgence absolue le dispensant d'observer, préalablement à l'intervention de l'arrêté d'expulsion, la procédure prévue à l'article 25; que le requérant, dans ses observations en réplique, ne conteste pas l'affir-

(13) Section, S. 1953.III.51, note Tixier.

(14) Note Tixier sous C.E., Section 24 octobre 1952, Eckert, précité.

(15) WALINE, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », R.D.P. 1930, p. 197.

(16) Assemblée, Rec. p. 168 ; A.J.D.A. 1955.II.11.

mation du ministre; qu'il n'est, dès lors, pas fondé à soutenir que l'arrêté prononçant son expulsion est entaché d'excès de pouvoir comme pris en violation dudit article 25, du fait qu'il n'a pas été précédé de l'audition de l'intéressé par la commission spéciale... »

Mais la décision du 18 mars 1955 ne bouleverse en rien les solutions traditionnelles en matière d'expulsion des étrangers.

L'ordonnance du 2 novembre 1945 laisse, en effet, subsister au profit des autorités administratives une marge importante de liberté. Cette marge se traduit, au plan contentieux, par l'absence d'un contrôle portant sur l'appréciation des faits et *a fortiori* sur la libre adéquation entre l'objet de l'acte et ses motifs.

Ainsi dans l'arrêt Dame Ropnack, épouse Benoit (17) le Conseil d'Etat relève : « qu'en estimant que la présence de la requérante sur le territoire français constituait une menace pour l'ordre public, le ministre de l'Intérieur s'est livré à une appréciation des faits qui n'est pas susceptible d'être discutée devant le Conseil d'Etat ».

Tout au plus, la censure du juge administratif s'exerce-t-elle, comme sous l'empire des deux textes précédents, sur la matérialité des faits et éventuellement sur le détournement de pouvoir.

Dans les arrêts Meyer du 13 juin 1952 et Dame de Savitch-Ritckorsky du 13 juin 1953 (18) le juge administratif relève que « le requérant n'établit pas que le ministre ait fondé sa décision sur des faits matériellement inexacts.

Dans l'arrêt Marcon du 21 novembre 1952 (19) il effectue même un contrôle du détournement de pouvoir : « que le détournement de pouvoir allégué par le sieur Marcon n'était pas établi »...

Mais une fois vérifiés l'existence matérielle des faits et l'éventuel détournement de pouvoir, le juge administratif ne peut aller plus loin. La faiblesse du contrôle juridictionnel s'explique, selon nous, par la spécificité du secteur dans lequel la censure intervient. C'est, l'avons-nous dit, en fonction du destinataire de l'acte, que le contrôle effectué par les tribunaux administratifs varie dans son étendue. Or, force est de constater que la catégorie spéciale des étrangers est particulièrement démunie. Quels que soient, en ce domaine, les progrès effectués, l'étranger ne possède, dans la plupart des cas, aucun droit à rester sur le territoire national. La précarité de sa situation conditionne, de ce fait, la faiblesse du contrôle juridictionnel.

(17) C.E. 20 janvier 1950, Rec. Lebon, p. 50 ; voir aussi 21 octobre 1949, Persager, Rec. Lebon, p. 431.

(18) Rec. Lebon, p. 312 ; Rec. Lebon, p. 281.

(19) Section, Rec. Lebon, p. 524.

En définitive, la jurisprudence relative à l'expulsion des étrangers illustre parfaitement, au regard du problème de l'exercice des compétences, l'importance du point de vue du destinataire de l'acte.

Cette importance, il convient de la souligner en étudiant dans une seconde section, les mesures relatives aux Associations Etrangères.

Section 2

LES MESURES VISANT LES ASSOCIATIONS ETRANGERES

On sait que le statut des associations étrangères auxquelles la loi du 1er juillet 1901 ne faisait qu'une simple allusion est régi par le décret-loi du 12 avril 1939. Ces associations, groupements dirigés en fait par des étrangers, doivent, pour se former, obtenir l'autorisation préalable du ministre de l'Intérieur.

Elles peuvent, en tout état de cause, être dissoutes par décret (art. 24, loi du 1er juillet 1901, modifiée). Le décret-loi du 12 avril 1939, inspiré par des motifs tenant au climat des relations internationales, impose donc des sujétions importantes aux personnes morales étrangères. Notamment les retraits d'autorisation d'associations étrangères peuvent être rendus sans qu'il soit nécessaire de les motiver.

En présence de cette situation justifiée par le danger que certains groupements collectifs d'étrangers font courir à l'ordre public et même à l'unité nationale, le contrôle du Conseil d'Etat sur les retraits d'autorisation d'associations étrangères ne pouvait être que limité au détournement de pouvoir et à l'existence matérielle des faits. La précarité des droits reconnus aux associations conditionne, en quelque sorte, la faiblesse du contrôle juridictionnel. L'arrêt fondamental en la matière est, sans nulle doute, la décision de Section du 22 avril 1955 « Association Franco-Russe dite Rousky-Dom » (20). L'importance de l'arrêt mérite que l'on s'y attarde quelque peu. Au cas d'espèce, l'association dont l'objet social était de venir en aide aux réfugiés russes, et qui s'occupait principalement de l'administration d'une maison de vacances et de repos à Juan-les-Pins, demandait l'annulation d'un arrêté par lequel le ministre de l'Intérieur avait retiré à l'association Franco-Russe, le bénéfice d'une précédente autorisation. Le ministre de l'Intérieur ayant observé un

(20) C.E. 22 avril 1955, Rec. Lebon, p. 202, concl. Heumann à la revue administrative 1955, p. 404 ; A.J.D.A. 1955.II, p. 9.

mutisme absolu au sujet des motifs du retrait d'autorisation, l'Association supposait que quatre faits principaux avaient été retenus par le ministre. Le premier fait supposé c'est-à-dire la présence dans la maison de repos de Juan-les-Pins de publications d'origine soviétique n'était d'ailleurs pas contesté par l'Association requérante. Mais elle soutenait que ledit fait n'était pas susceptible d'être retenu à la base de la mesure contestée.

La haute Assemblée n'a cependant pas admis le bien-fondé de la requête. Suivant en cela les conclusions du Commissaire du Gouvernement, elle a estimé « qu'il appartenait au ministre de l'Intérieur d'apprécier comme il l'a fait, que l'activité de l'Association franco-russe Rousky-Dom était de nature à compromettre la sûreté publique et que ladite appréciation n'est pas susceptible d'être discutée devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux, qu'il n'est pas établi qu'elle soit fondée sur des faits inexacts ni qu'elle procède de motifs étrangers à l'intérêt général ».

L'Association requérante ayant d'autre part contesté l'exactitude matérielle des trois autres faits qui, à son avis, avaient été retenus par le ministre, il appartenait au Conseil d'Etat de trancher le problème. En l'absence de témoignages précis et concordants permettant de suspecter l'exactitude matérielle des motifs allégués, la haute juridiction administrative n'a pas cru devoir faire application de la jurisprudence Barel.

Le Commissaire du Gouvernement Heumam se déclare partisan d'une telle solution. Pour lui (21) « aussi bien pour les retraits d'autorisation d'associations étrangères que pour les expulsions, nous sommes dans un domaine de haute police où les mesures sont, pour la sauvegarde de la sécurité nationale ou pour la protection des droits des français à l'étranger, imposées fréquemment par la nécessité de mettre fin à des activités anti-nationales, ou de répondre à des actes d'hostilité commis contre les personnes ou les biens des français à l'étranger. Ces mesures sont liées à l'Etat des relations internationales. Il est manifestement impossible, en de telles hypothèses, de prétendre obliger le ministre à relever les motifs de la mesure au cours d'une instance contradictoire qui conduit inévitablement à une divulgation de ces motifs. Il y a ainsi des cas où le silence du ministre est légitime ».

En résumé, l'arrêt Association franco-russe témoigne de la timidité du contrôle juridictionnel en matière de retrait d'autorisation d'associations étrangères. Par la suite, la jurisprudence introduite par la décision du 22 avril 1955 a été, à maintes reprises, confirmée.

(21) Concl. Heumann sous C.E. 22 avril 1955, Revue Administrative, 1955, p. 404.

Ainsi dans un arrêt du 6 mai 1957 « Association des étudiants chinois de Paris et sieur Ouang te Tehao » (22) intervenu en matière de refus d'autorisation, le Conseil d'Etat s'est borné à contrôler l'erreur de droit et l'exactitude matérielle des motifs invoqués. De même dans l'arrêt de Section du 20 juin 1958 (23) « Fédération mondiale de la Jeunesse démocratique » la haute assemblée vérifie, au vu du dossier, si le détournement de pouvoir allégué pouvait être, dans les circonstances de l'espèce, justifié. Mais en aucun cas, le Conseil d'Etat n'exerce sa censure sur l'appréciation des faits ni *a fortiori* sur l'opportunité de la mesure attaquée.

Les solutions sus-dégagées sont particulièrement révélatrices des tendances jurisprudentielles. S'agissant, en effet, d'associations françaises, dans les cas exceptionnels où elles peuvent être dissoutes par décret ou arrêté, le Conseil d'Etat exerce un contrôle assez poussé sur les motifs de la décision (24).

Les divergences dans l'ampleur du contrôle juridictionnel selon qu'il s'exerce à l'encontre des mesures visant les Associations françaises ou à l'encontre des décisions s'appliquant aux Associations étrangères traduisent l'importance que revêt en cette matière la qualité juridique des destinataires de l'acte administratif.

Le contrôle juridictionnel varie en fonction des droits dont sont investis les destinataires de l'acte. Plus ces droits sont réduits, plus la situation du destinataire n'est qu'une situation de pure faveur, plus le contrôle juridictionnel sera réduit. La marge de liberté dont dispose l'administration est étroitement dépendante de cette absence ou de cette présence de droits en la personne du destinataire.

Cette affirmation, valable dans le secteur des mesures relatives aux associations étrangères, se vérifie enfin dans le domaine plus spécial des décisions prises à l'encontre des publications étrangères.

Section 3

LES MESURES RELATIVES AUX PUBLICATIONS ETRANGERES

Le décret du 6 mai 1939, modifiant l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881, dispose que « la circulation, la distribution ou la mise en vente des journaux ou écrits périodiques ou non, rédigés

(22) Rec. Lebon, p. 287.
(23) Rec. Lebon, p. 363.
(24) C.E. 16 avril 1947, « Fédération des chevaliers de France », Rec. Lebon, p. 533 ; 19 mars 1948, « Sieur de Saint-Michel Dunezat », Rec. Lebon, p. 133.

en langue étrangère, peuvent être interdites par décision du ministre de l'Intérieur. Cette interdiction peut également être prononcée à l'encontre des journaux ou écrits de provenance étrangère, rédigés en langue française, imprimés à l'étranger ou en France ».

En vertu de ce texte, le Conseil d'Etat allait être amené à se prononcer sur la légalité des mesures d'interdiction visant les publications étrangères.

Ainsi dans un arrêt du 19 février 1958 (25) « Société des Editions de la Terre de Feu » la haute assemblée a admis la légalité d'un arrêté par lequel le ministre de l'Intérieur avait interdit la circulation, la mise en vente d'un ouvrage de Henri Miller intitulé « Sexus ».

« Considérant que le motif tiré du caractère contraire aux bonnes mœurs du livre intitulé « Sexus »..., sur lequel s'est fondé le ministre de l'Intérieur pour interdire la circulation, la distribution et la mise en vente de cet ouvrage, est de ceux qui peuvent légalement justifier une mesure prise en vertu du décret du 6 mai 1939; qu'il ne résulte pas de l'instruction que ce motif repose sur des faits matériellement inexacts; que l'appréciation à laquelle s'est livré le ministre de l'Intérieur du danger que présente pour l'ordre public l'ouvrage sus-mentionné n'est pas susceptible d'être discutée devant la juridiction administrative. »

Les mêmes formules se retrouvent dans un arrêt du 17 décembre 1958 (26) « Société Olympia Press » rendu conformément aux conclusions du Commissaire du Gouvernement Braibant. S'agissant de l'interdiction de publications rédigées en langue anglaise, le Conseil d'Etat se borne à vérifier l'exactitude matérielle des faits sans rechercher si, dans les circonstances de l'espèce, ils étaient de nature à justifier légalement la décision attaquée.

Le contrôle juridictionnel est donc, en ce domaine, étroitement limité. En effet, la simple vérification de l'existence matérielle des faits a peu de chances de conduire à une annulation de la mesure d'interdiction. Il faudrait envisager, aux dires du Commissaire du Gouvernement, l'hypothèse peu probable d'une erreur sur le titre du livre ou sur son contenu.

La faiblesse de la censure juridictionnelle ressort à l'évidence si l'on compare le contentieux des ouvrages étrangers à celui des ouvrages français.

Les mesures d'interdiction prises à l'encontre des publications nationales donnent lieu, en effet, à une vérification plus poussée du juge administratif. Ainsi dans un arrêt Thibault du 5 décembre

(25) Rec. Lebon, p. 114 ; D. 1958.570, note Rouyer Hameray ; S. 1958.355.
(26) S. 1959.I.69, conclusions Braibant.

1956 (27), s'agissant de l'interdiction d'un ouvrage consacré à l'homosexualité, le Conseil d'Etat s'est livré à un contrôle minutieux de la qualification juridique des faits.

« Considérant qu'eu égard à la nature des doctrines défendues par le périodique dont il s'agit, telles qu'elles sont définies par le sieur Thibault dans sa requête, le ministre de l'Intérieur n'a pas fait, en prenant l'arrêté attaqué une fausse application de l'article 14 de la loi du 16 juillet 1949. »

De même, dans un arrêt du 3 janvier 1958 « Société les Editions du Fleuve Noir » (28), la haute assemblée n'a pas craint d'annuler une mesure d'interdiction visant une publication française. Significatif est, à cet égard, le raisonnement utilisé par le Conseil d'Etat.

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, pour faire application au livre intitulé une « fille tranquille », de l'interdiction prévue par la loi du 16 juillet 1949, le ministre de l'Intérieur s'est fondé non sur le fait que le livre en cause devrait être regardé comme présentant un caractère licencieux ou pornographique ou comme faisant place au crime, mais sur la circonstance que l'atmosphère générale du livre, son absence de moralité, l'indigence et la vulgarité de son style font que sa lecture ne saurait être que déconseillée à la jeunesse; considérant que les motifs qui ont ainsi déterminé le ministre de l'Intérieur ne sont pas au nombre de ceux qui peuvent légalement justifier l'interdiction prévue à la loi précitée; que, par suite, la société requérante est fondée à soutenir que l'acte attaqué est entaché d'excès de pouvoir... ».

Les deux arrêts précités témoignent donc d'un contrôle portant sur la qualification juridique des faits, sur la qualification *in concreto*. A l'opposé, l'examen de la jurisprudence relative aux publications étrangères témoigne de la faiblesse de la censure exercée par le juge administratif.

La diversité de ces deux contentieux se justifie par les différences existant entre les droits et les intérêts auxquels les actes des autorités administratives viennent porter atteinte.

A l'inverse des droits qui peuvent être invoqués par l'éditeur français, son collègue étranger ne peut faire état que d'une situation de pure faveur. La tolérance dont il bénéficie explique, dès lors la faiblesse du contrôle juridictionnel et partant l'étendue du pouvoir reconnu à la puissance publique.

(27) Rec. Lebon, p. 463 ; D. 1957.20, conclusions Mosset.
(28) Rec. Lebon, p. 5.

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

Au terme de cette étude, il semble possible de dégager certaines conclusions relatives à l'idée que nous avons adoptée comme point de départ. Le contrôle juridictionnel et partant la plus ou moins grande liberté dont dispose l'autorité administrative dépend, nous avons dit, de la faiblesse ou de l'étendue des droits dont sont investies certaines catégories de destinataires. Cette idée de l'importance du destinataire de l'acte nous semble pouvoir être justifiée.

En effet, qu'il s'agisse des décisions relatives aux personnes physiques ou morales étrangères, qu'il s'agisse du contentieux spécial des publications étrangères, le contrôle juridictionnel s'exerce d'une manière uniforme. La censure est limitée au détournement de pouvoir et à l'exactitude matérielle des faits.

La faiblesse du contrôle juridictionnel s'explique, selon nous, par la précarité de la condition de l'étranger. A l'inverse du national, l'étranger ne dispose pas d'un droit absolu à résider sur le territoire national. Les faveurs dont il bénéficie peuvent toujours être remises en question. L'autorité administrative jouit, en ce domaine, d'une grande liberté d'action.

Ces considérations expliquent la timidité du juge administratif. Le Conseil d'Etat ne restreint la liberté d'action de l'administration que dans la mesure où l'acte administratif porte atteinte à des situations juridiques précises et garanties.

Le statut juridique du destinataire de l'acte conditionne l'ampleur ou la faiblesse du contrôle juridictionnel.

Vérifié en ce qui concerne les mesures visant les étrangers, cette affirmation se doit d'être complétée par une étude des décisions prises à l'encontre des agents publics.

CHAPITRE 2

L'exercice des compétences à l'égard des agents publics.

L'affirmation de la survivance de l'autorité hiérarchique n'est pas, de nos jours, sans susciter certaines réserves. Si, en effet, à l'origine, notre organisation administrative est caractérisée par des relations d'entière dépendance entre l'agent public et son supérieur, il semble qu'à l'heure actuelle se dessine un mouvement tendant à l'effacement progressif du principe hiérarchique. Certains auteurs (1), et non parmi les moindres, ont cru voir, dans la loi du 19 octobre 1946 portant statut général des fonctionnaires, l'ébauche d'une telle disparition.

Il est vrai que la création de comités techniques et de commissions administratives paritaires caractérisant l'admission de plus en plus large du principe démocratique au sein de la fonction publique pouvait, à juste titre, être considérée comme l'indice certain d'un « déclin de l'autorité hiérarchique ». Cependant, admettre sans réserve, une telle constatation serait méconnaître gravement la portée de la loi du 19 octobre 1946, portée qui va d'ailleurs être singulièrement réduite par l'ordonnance du 4 février 1959 (2).

(1) Rivero, « Vers la fin du droit de la fonction publique », D. 1947.149 ; Gaudemet, « Le déclin de l'autorité hiérarchique », D. 1947.139.

(2) V. sur ce point D. Ruzie, « Vers un renouveau du droit de la fonction publique », D. 1959.85.

En effet, quelles que soient les garanties accordées aux fonctionnaires par l'institution des Commissions administratives paritaires, la décision reste en droit, sinon en fait, au supérieur.

Il importe dès lors de préciser de quelle marge de liberté dispose le chef hiérarchique dans l'exercice de son pouvoir vis-à-vis des agents publics. Le contrôle juridictionnel exercé sur les actes du supérieur pris à l'encontre de ses subordonnés laisse-t-il apparaître une marge importante de liberté se traduisant par l'absence d'un contrôle portant sur la proportion entre l'objet de l'acte et ses motifs ? Ou au contraire, la censure du juge administratif s'exerce-t-elle en profondeur jusqu'à l'opportunité de la décision ne laissant de ce fait aucune liberté au chef de service... ?

La réponse à de telles questions dépend étroitement de la catégorie des destinataires visés par les décisions du supérieur hiérarchique. Les variations dans l'amplitude du contrôle juridictionnel s'expliquent par l'importance ou la faiblesse des droits impartis aux destinataires de l'acte. Ainsi, la quasi inexistence de droits au profit des étrangers explique la timidité d'une censure qui ne déborde en aucun cas la constatation de la licéité du but et de l'erreur de droit et laisse intacte la liberté de la puissance publique. La même constatation se retrouve, avec quelques variantes, en notre matière. Etroitement assujetti aux exigences du service public, l'agent public ne disposera, dans la plupart des cas, d'aucun droit suffisamment légitime, pour faire échec aux volontés du supérieur hiérarchique. Cette soumission de l'agent public (l'article 5 de la loi du 19 octobre 1946 ne dispose-t-il pas que « le fonctionnaire est, vis-à-vis de l'administration, dans une situation statutaire et réglementaire) explique, dès lors, les faiblesses du contrôle juridictionnel. Certes, la censure sera plus poussée que dans le domaine des mesures concernant les étrangers. Cette plus grande amplitude dans le contrôle se justifie d'ailleurs aisément. S'agissant de fonctionnaires, c'est-à-dire de nationaux dotés d'un certain statut, les vérifications opérées par le juge administratif se doivent d'être plus importantes que celles effectuées sur les mesures visant les étrangers. De ce fait, le Conseil d'Etat sera amené, dans certains cas, à apprécier les faits qui ont motivé la mesure. Le contrôle de la qualification *in abstracto* ou du détournement de pouvoir se doublera d'un contrôle *in concreto* portant sur l'appréciation des faits.

Mais en tout état de cause, le contrôle juridictionnel ne portera pas sur la liberté dont dispose l'administrateur d'adapter telle mesure à tel fait qui lui sert de support. Or, c'est précisément dans cette libre adéquation de l'objet de l'acte administratif à ses motifs, c'est-à-dire à ses antécédents objectifs de droit ou de fait,

que se situe le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Dès lors, il sera possible de reconnaître son existence toutes les fois que le juge administratif ne procédera pas à un tel contrôle.

Cet élément de référence étant dégagé, il importe de rechercher, dans l'abondant contentieux relatif à la fonction publique, les manifestations du pouvoir discrétionnaire du supérieur hiérarchique.

La liberté dont dispose l'administrateur se manifeste essentiellement à un triple stade. Responsable du bon fonctionnement du service, l'autorité qui le dirige disposera, tout d'abord, d'une assez grande liberté dans la direction de la carrière des agents placés sous son autorité.

Cette grande liberté se traduira, au plan contentieux, par un contrôle juridictionnel minimum : le Conseil d'Etat se bornant à censurer le détournement de pouvoir, l'erreur de droit et l'erreur de fait.

En second lieu, la liberté dont est investie le supérieur hiérarchique se manifestera dans l'exercice de son pouvoir de répression. En ce domaine, le contrôle juridictionnel sera plus poussé. Il portera non seulement sur la qualification *in abstracto,* mais aussi et à partir d'une certaine époque, sur la qualification *in concreto.* Toutefois, en aucun cas, le juge administratif sera habilité à se prononcer sur la proportion entre la faute et la sanction : cette appréciation étant laissée à la discrétion du supérieur hiérarchique.

Enfin, à l'extrême avancée du contrôle juridictionnel se situent les mesures prises par le supérieur au titre de l'épuration administrative. Ce secteur un peu particulier traduit les progrès du contrôle juridictionnel. Le Conseil d'Etat se livre alors à une vérification approfondie des faits ayant motivé la mesure. Mais, ce contrôle n'en laisse pas moins subsister une certaine marge de liberté au profit de l'autorité administrative. Cette marge se traduit par l'absence d'un contrôle portant sur la correspondance entre l'objet de l'acte et ses motifs.

Nous sommes ainsi conduits à étudier successivement tout d'abord le contrôle juridictionnel du pouvoir du supérieur hiérarchique sur la carrière de l'agent, puis le contrôle juridictionnel du pouvoir de répression, enfin le contrôle juridictionnel du pouvoir d'épuration.

L'examen de ce triple contentieux permettra de souligner l'importance que revêt le point de vue du destinataire de l'acte dans le contrôle exercé par le juge administratif.

Section 1

LE CONTROLE JURIDICTIONNEL DU POUVOIR DU SUPERIEUR HIERARCHIQUE SUR LA CARRIERE DE L'AGENT

Le pouvoir du supérieur hiérarchique sur la carrière du fonctionnaire se manifeste essentiellement à trois époques différentes qui reflètent les destinées de l'agent dans le service public.

Tout d'abord, il s'exercera dès l'entrée au service par les divers procédés de recrutement, procédés impliquant tous une décision de nomination.

En second lieu, le pouvoir du supérieur hiérarchique se manifestera au cours de la carrière de l'agent au moyen de promotions, d'avancements qui, quel que soit le développement des garanties légales, laissent apparaître une « portion » considérable de pouvoir discrétionnaire.

Enfin, l'autorité dont dispose le supérieur hiérarchique transparaîtra au stade de la sortie du service par la rupture du lien unissant l'agent à l'administration.

Il importe, dès lors, d'examiner de quelle manière s'opère le contrôle juridictionnel sur ce triple secteur. L'étude de la jurisprudence administrative nous permettra de dégager, en ce domaine, les faiblesses de la censure juridictionnelle. Ces faiblesses, nous les avons imputées à l'absence de droits suffisamment protégés, dans la personne des destinataires de l'acte, c'est-à-dire des agents publics. C'est selon nous cette idée qui commande l'étendue et les limites du contrôle de la juridiction administrative et partant la plus ou moins grande liberté dont dispose l'administrateur dans l'édiction d'un acte.

Cette idée, il convient d'en examiner le bien fondé en la confrontant avec les solutions jurisprudentielles.

§ 1. — L'entrée au service.

De nos jours, l'entrée au service s'opère presque essentiellement par le procédé du concours administratif. L'ordonnance du 4 février 1959 le considère d'ailleurs comme le mode normal de recrutement des fonctionnaires (3). Les interventions de l'autorité admi-

(3) Ordonnance du 4 février 1959, art. 18 et 19.

nistrative se situent à deux stades : le stade de l'inscription sur la liste des candidats admis à participer aux épreuves, celui de la nomination.

Il importe donc d'envisager tour à tour la portée du contrôle juridictionnel s'exerçant sur ces deux opérations.

A. — L'admission a concourir.

« Les candidats aux fonctions publiques et particulièrement les candidats aux concours donnant accès aux dites fonctions doivent d'abord remplir les conditions d'âge, de durée de services, de diplômes, de moralité et autres fixées par les textes législatifs et réglementaires qui régissent le concours sollicité. Mais, en outre, la jurisprudence considère que les candidats qui remplissent toutes les conditions précises ainsi requises n'ont pas un droit à concourir; ils doivent être admis à concourir par le ministre dans les attributions duquel entre le service auquel le concours donne accès, ou par le président du Conseil s'il s'agit d'une épreuve qui ouvre la porte aux services de plusieurs départements. »

Ces observations dégagées par M. Letourneur, dans l'affaire Barel (4), permettent de dégager la portée du contrôle juridictionnel en ce domaine, puisque c'est, selon nous, l'absence de droits véritables qui commande la faiblesse d'un tel contrôle.

Depuis l'abandon, en cette matière, de la théorie des actes discrétionnaires (5), la censure du juge administratif s'exerce essentiellement sur trois points : « la vérification que l'acte a été pris dans l'intérêt du service, qu'il est fondé sur un motif juridiquement correct, qu'il repose sur un motif matériellement exact » (6).

Ainsi, en premier lieu, le Conseil d'Etat vérifie si le refus opposé par le ministre est bien motivé par la considération de l'intérêt du service. Dans l'arrêt abbé Bouteyre du 10 mai 1912 (7), la haute assemblée relève « qu'en refusant, par la décision attaquée, d'admettre le requérant à prendre part au concours d'agrégation de philosophie, le ministre de l'Instruction publique n'a fait qu'user à l'égard de ce candidat, dans l'intérêt du service placé sous son autorité, du droit d'appréciation qui lui a été réservé par le décret du 10 avril 1852 et le réglement du 29 juillet 1885, et que ladite décision n'est par suite entachée ni d'excès, ni de détournement de pouvoir... ».

(4) C.E. Assemblée, 28 mai 1954, Rec. Lebon, p. 308, conc. Letourneur, D. 1954.I.594, note G. Morange.
(5) C.E. 5 juillet 1851, Rouget, Rec. Lebon, p. 498.
(6) Letourneur, conclusions précitées.
(7) Rec. Lebon, p. 561, conclusions Helbronner.

De même, dans l'arrêt Selignac du 31 mars 1950 (8), le Conseil d'Etat observe « qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que cette décision ait été déterminée par des considérations étrangères à l'intérêt du service public ».

Ce contrôle préliminaire étant effectué, le juge administratif vérifie ensuite si la mesure d'exclusion repose sur un motif matériellement exact. Ainsi, dans l'espèce Sélignac précitée, le Conseil d'Etat, à propos d'un refus de participation aux épreuves d'examen professionnel dans la magistrature, relève « qu'en se fondant sur ce que l'intéressé n'a pas observé la réserve qui s'impose aux titulaires de fonctions judiciaires et aux candidats à ces fonctions, alors qu'il ne résulte pas de l'instruction que les faits retenus à l'appui de ladite décision soient matériellement inexacts, le ministre de la justice n'a pas commis d'excès de pouvoir ». Des formules identiques se retrouvent dans les espèces Leloutre et Lingois (9).

Enfin, le contrôle de l'erreur de droit constitue, en ce domaine, l'ultime avancée du contrôle juridictionnel. Le Conseil d'Etat vérifie, en effet, si les motifs de la décision sont juridiquement exacts, c'est-à-dire s'ils correspondent à l'intérêt du service. Ainsi, dans l'arrêt Delle Beis du 25 juillet 1939 (10), le juge administratif annule une mesure d'exclusion uniquement motivée par les croyances religieuses de la requérante au motif que « l'inspecteur a ainsi dénié d'une façon générale aux candidats ayant poursuivi leurs études dans les établissements confessionnels l'aptitude à enseigner dans l'école publique et institué une incapacité de principe qui n'a été édictée par aucune disposition législative ». Le même raisonnement est utilisé par la haute assemblée dans les arrêts Dlle Pasteau et Dlle Jamet (11).

De la même façon, l'annulation sera prononcée si la décision d'exclusion est uniquement motivée par les attaches du candidat avec un parti politique non interdit par la loi. Ainsi, dans l'importante décision Barel du 28 mai 1954 (12), la haute assemblée relève que « s'il appartient au secrétaire d'Etat, chargé d'arrêter la liste des candidats admis à concourir, d'apprécier, dans l'intérêt du service, si les candidats présentent les garanties requises pour l'exercice des fonctions auxquelles donnent accès les études pour-

(8) Rec. Lebon, p. 208, voir aussi C.E. 24 février 1954, Delhommé, Rec. Lebon, p. 122.

(9) C.E. 10 août 1923, Leloutre, Rec. Lebon, p. 686 ; 29 juillet 1953, Lingois, Rec. Lebon, p. 413, section, D. 1954.I.99, note G. Morange.

(10) Section, Rec. ebon, p. 524.

(11) 8 décembre 1948, Delle Pasteau, S. 1949.III.41 et R.D.P. 1949.73, note Waline ; Delle Jamet, 3 mai 1950, Rec. Lebon, p. 247.

(12) Barel précité.

suivies à l'Ecole nationale d'administration et s'il peut, à cet égard, tenir compte de faits et manifestations contraires à la réserve que doivent observer ces candidats, il ne saurait, sans méconnaître le principe de l'Egalité de l'accès de tous les Français aux emplois et fonctions publics, écarter de ladite liste un candidat en se fondant exclusivement sur ses opinions politiques ». Ce contrôle de l'erreur de droit ou de la qualification « *in abstracto* » s'exerce avec une extrême rigueur. S'il n'aboutit pas toujours à une annulation, c'est faute pour le requérant d'apporter un faisceau de preuves pouvant éclairer le juge administratif sur l'existence d'un vice des motifs (13). La sévérité d'un tel contrôle est d'ailleurs fort normale. « Le pouvoir dont dispose l'administration ne lui est pas confié, en effet, pour ajouter une condition de capacité à celles prévues par les lois et règlements en vigueur, surtout alors que cette cause d'incapacité serait contraire aux principes constitutionnels de la liberté de pensée et de l'égalité des citoyens pour l'accès aux emplois publics. » (14). Comme le fait justement remarquer M. le Commissaire du gouvernement Helbronner dans ses conclusions dans l'affaire Bouteyre, « les opinions et les idées des candidats échappent au contrôle de l'autorité qui doit faire les nominations, et reconnaître au ministre le droit d'exclure un candidat qui pratique telle ou telle religion, ou qui est supposé avoir telle ou telle opinion philosophique ou politique, serait une atteinte inadmissible à la liberté des citoyens, une restriction insupportable à la liberté de penser, à la liberté de conscience ».

Toutefois, quelle que soit l'étendue du contrôle juridictionnel, il est un secteur qui échappe à la censure du juge administratif : c'est celui de l'opportunité ou plus exactement de la liberté pour l'administrateur d'adapter une mesure aux faits qui lui ont servi de support.

Sans doute dans certaines hypothèses, il y a « contrôle de la pertinence du motif à la fois *in abstracto* et *in concreto* » (15). Ainsi en est-il dans une espèce Connet du 4 mai 1948 (16). « Il résulte de l'instruction que, dans les circonstances où ils se sont produits,

(13) Toutefois par une décision du 6 novembre 1959, le Tribunal administratif de Paris, décharge le requérant du fardeau de la preuve, en admettant le droit pour la juridiction saisie d'ordonner des mesures d'instruction même en l'absence de circonstances et de faits précis allégués par le requérant. T.A. Paris, 6 novembre 1959, Vicat, Blanc, A.J.D.A. II.360, concl. Sauzet.

(14) G. Lavau, « Le prétendu pouvoir discrétionnaire d'exclure un candidat d'un concours administratif », J.C.P. 1934.1128.

(15) A. Guillois, « De l'arrêt Bouteyre à l'arrêt Barel : contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire », Mélanges Mestre, p. 306.

(16) Rec. Lebon, p. 197.

aucun des faits reprochés ne relève à la charge du requérant ... une attitude contraire à la neutralité scolaire. »

Mais, en tout état de cause, il existe un secteur irréductible à toute censure juridictionnelle. Le Conseil d'Etat ne mesure jamais la proportion établie par l'administrateur entre l'objet de la mesure et ses motifs. Ainsi, si la décision de refus est bien justifiée par l'intérêt du service, le juge administratif ne se reconnaît pas le droit de contrôler l'appréciation qui a été faite par le supérieur hiérarchique de l'intérêt du service. Significative est, à cet égard, la formule de l'arrêt Chauveau du 23 février 1944 (17) : « Considérant que, si l'arrêté du 30 juillet 1938 fixe les conditions d'aptitude requises des candidats au concours d'admission à l'Ecole nationale des P.T.T., la justification de cette aptitude ne constitue pas un droit absolu à l'inscription sur la liste des concurrents, et qu'il appartient au secrétaire d'Etat aux communications à l'occasion de l'établissement de cette liste, d'apprécier s'il convient d'admettre chaque candidat à concourir ... et le Conseil d'Etat relève qu'une telle appréciation dont il ne lui appartient pas d'apprécier le bien fondé, était de nature à motiver légalement cette décision. » Une telle formule est de nature à dissiper tous les doutes. De ce fait, il ne nous semble pas possible de parler « du prétendu pouvoir discrétionnaire d'exclure un candidat d'un concours administratif » (18). Sans doute, M. Lavau a-t-il raison de dégager le caractère partiellement discrétionnaire d'un tel pouvoir. Sans doute aussi peut-on expliquer la liberté dont dispose, en ce domaine, l'autorité administrative par l'insuffisance du régime des preuves dans la procédure du Conseil d'Etat.

Mais quelle que soit l'exactitude de telles affirmations, il ne semble pas possible de parler, à l'exemple de M. Lavau, du prétendu pouvoir discrétionnaire, d'exclure un candidat d'un concours administratif. En effet, dans l'acte administratif, il subsistera toujours un secteur qui échappera à la censure juridictionnelle. Ce secteur est constitué par la liberté dont jouit l'administrateur d'adapter l'objet de la décision aux circonstances de fait ou de droit qui la motivent. Dans les limites de ce secteur, son appréciation est discrétionnaire. Le supérieur hiérarchique, conscient des nécessités du service, est libre d'apprécier les qualités des candidats appelés à servir sous ses ordres. Le contrôle juridictionnel se heurtera toujours à l'existence de cette liberté. En effet, l'agent public ne dispose pas d'un droit à être admis à concourir. Sa participation est subordonnée aux intérêts du service. Cette situation d'infériorité

(17) Rec. Lebon, p. 64.
(18) G. Lavau, *op. cit.*

explique, dès lors, tout naturellement les réticences du juge administratif dans la mission qui lui est impartie. Ces réticences sont d'autant plus grandes que, dans la plupart des cas, le refus d'admission à concourir est motivé par un comportement en quelque sorte fautif du candidat : ce dernier n'ayant pas observé la réserve qui s'impose aux postulants à certaines fonctions (19).

Il semble en définitive possible d'expliquer les faiblesses du contrôle juridictionnel en fonction du point de vue du destinataire de l'acte. L'absence d'un droit à concourir, le comportement quelque peu fautif du candidat compte tenu de la mission qu'il sera chargé de remplir, justifient, eu égard aux exigences supérieures du service, la reconnaissance au profit du supérieur hiérarchique d'un pouvoir partiellement discrétionnaire se caractérisant par la liberté d'adapter la mesure de refus aux circonstances de fait ou de droit qui lui servent normalement de support.

Cette liberté du supérieur hiérarchique se retrouve au second stade du processus de l'entrée au service : c'est-à-dire la nomination. Avant d'entreprendre l'étude de ce second point, il importe de préciser que dans le procédé de recrutement sur concours, il est une phase qui, en tout état de cause, relève du pouvoir discrétionnaire : c'est celle de l'appréciation des épreuves par le jury du concours. Cette appréciation est, en effet, laissée à la discrétion du jury (20). Le Conseil d'État vérifie seulement si la mesure n'est pas entachée de détournement de pouvoir (21), et si elle ne viole par l'égalité entre les candidats (22).

La tâche du jury de concours se clôt par la communication aux autorités de nomination de la liste, par ordre de mérite, des candidats. L'établissement définitif de la liste étant effectué, l'autorité administrative compétente procède à la nomination. Dans l'exercice de ce pouvoir, la marge de liberté dont elle dispose s'explique non seulement par l'existence de textes d'habilitation discrétionnaire mais aussi par l'absence, dans certaines conditions, d'un droit pour le candidat à être nommé. Il importe de vérifier cette idée en la confrontant aux données jurisprudentielles.

B. — La nomination.

L'exercice du pouvoir de nomination ne donne lieu qu'à un contrôle juridictionnel minimum. Le juge administratif vérifie seule-

(19) Voir sur ce point : Sélignac, précité.
(20) C.E. 10 février 1943, Fargues, Rec. Lebon, p. 33.
(21) C.E. 21 novembre 1947, Possenot et Demarre, S. 1948.3.92.
(22) C.E. 23 décembre 1955, Levy : D. 1956.27, concl. du Commissaire du gouvernement Lasry.

ment si l'acte est entaché d'une erreur de droit ou d'un détournement de pouvoir. La faible amplitude de ce contrôle s'explique par l'absence véritable d'un droit à être nommé. Ainsi, dans l'arrêt de section Bruère du 30 juin 1950 (23), la haute assemblée précise, en ce domaine, les pouvoirs dont l'autorité administrative est investie.

« Considérant que l'article 19 de l'arrêté du ministre de la Marine en date du 8 janvier 1945, fixant les modalités du recrutement au concours des ingénieurs des directions de travaux de deuxième classe des travaux maritimes, ne limite pas le pouvoir du ministre d'arrêter la liste de classement définitif des candidats proposés par le jury du concours; qu'en décidant, le 3 mai 1948, qu'aucun des candidats ayant subi les épreuves du concours n'était déclaré définitivement admis, le ministre n'a fait qu'user du pouvoir qui lui est conféré par ce texte; que le requérant n'établit pas, par ailleurs, que cette décision soit entachée de détournement de pouvoir. »

Certes, nous ne méconnaissons pas le caractère contestable de cette espèce. La faiblesse, en ce domaine, du contrôle juridictionnel ne s'explique-t-elle pas tout naturellement par la présence d'un texte d'habilitation discrétionnaire L'indétermination des motifs ou de la réglementation légale n'est-elle pas, à elle seule, suffisante pour justifier la faiblesse de la censure juridictionnelle et partant la marge importante de liberté dont est investie l'autorité administrative ? Sans méconnaître pour autant la justesse d'une telle objection, nous ne pensons pas qu'elle puisse être déterminante. En effet, nous verrons ultérieurement que mis en présence d'un texte d'habilitation apparemment discrétionnaire, le juge administratif n'hésite pas à faire descendre son contrôle sur tous les éléments de l'acte administratif et notamment sur la proportion entre l'objet d'une décision et ses motifs. Il en sera ainsi, dès lors, que la mesure administrative sera susceptible de porter atteinte à un droit ou à une liberté considérée comme essentiels (le droit de propriété, la liberté de réunion par exemple). C'est donc l'importance ou la faiblesse des droits en la personne du destinataire qui commande, selon nous, l'étendue du contrôle juridictionnel.

Or, il est certain, et la jurisprudence l'atteste, que le postulant à un emploi public n'a pas un droit absolu à être nommé. L'autorité investie du pouvoir de nomination n'est tenue que d'observer l'ordre de mérite établi par le jury. A ce titre, elle ne peut, par exemple, nommer le second candidat que si le premier l'a été. Mais sous cette réserve, l'autorité administrative est parfaitement libre d'apprécier si l'intérêt du service postule ou non une nomination.

(23) Rec. Lebon, p. 400.

Significative est à cet égard, la rédaction de l'arrêt de section Boudol du 4 juillet 1952 (24).

« Considérant que, si l'arrêté interministériel du 22 septembre 1947 relatif au concours d'accès au grade d'ingénieur en chef, directeur des services agricoles, porte en son article 3 que « les nominations seront faites suivant l'ordre de classement et au fur et à mesure des vocations cette disposition n'a pas pour effet de faire échec au droit qu'a le ministre, eu égard aux nécessités du service, de pourvoir plus ou moins vite aux vacances; que le sieur Boudol n'est dès lors pas fondé à se prévaloir de cette disposition pour soutenir qu'en refusant de le nommer ingénieur en chef à compter du jour même où, son tour de nomination étant arrivé, une vacance s'est produite dans ce cadre, le ministre de l'agriculture a excédé ses pouvoirs.

« Considérant, d'autre part, qu'il résulte de l'instruction qu'à la date des décisions attaquées, il n'avait pas encore été pourvu à la vacance dont il s'agit en violation des droits que le sieur Boudol tenait de son classement; que le requérant ne saurait dès lors invoquer utilement à l'appui de sa requête ni les irrégularités qui auraient entaché le maintien en activité des inspecteurs de l'agriculture dont les emplois avaient été supprimés, ni le fait qu'ils ont été reclassés postérieurement auxdites décisions dans le grade d'ingénieur en chef;

« Considérant, enfin, que le requérant n'établit pas qu'en refusant de le nommer ingénieur en chef dès qu'une vacance s'était produite, le ministre de l'agriculture ait pris cette décision pour des fins étrangères à l'intérêt du service... »

L'arrêt Boudol est caractéristique du contrôle exercé par la juridiction administrative sur le pouvoir de nomination. La censure ne porte, en effet, que sur le point de savoir si l'autorité de nomination a méconnu le droit que le requérant tenait de son classement ou a exercé son pouvoir pour « une fin étrangère à l'intérêt du service ». Mais le candidat ne possédant aucun droit à être nommé (sauf à respecter l'ordre de classement si les candidats moins bien classés ont été nommés avant lui) le contrôle juridictionnel ne déborde pas les limites précédemment dégagées. En tout état de cause, il laisse intact le pouvoir d'appréciation du chef de service. Ce dernier dispose d'une entière liberté pour refuser de nommer les candidats qui lui paraissent indésirables, pour des motifs tirés de l'intérêt du service.

(24) Rec. Lebon, p. 360.

De même, l'administration, en l'absence d'un droit absolu au profit du candidat à un emploi public (25), est libre de choisir le moment qui lui paraît le plus opportun pour procéder à une nomination. Ainsi, dans l'arrêt Gardies du 1er février 1950 (26), le Conseil d'Etat relève « qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'impose à l'administration de nommer dans un délai déterminé les candidats reçus à un concours ».

De même, l'autorité administrative dispose d'une assez grande liberté dans le choix de l'individu désigné. C'est ainsi que dans un arrêt Banachenchou du 16 novembre 1951 (27), le Conseil d'Etat décide : « qu'en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire conférant un droit de priorité pour l'obtention d'un emploi ... à l'un des candidats remplissant les conditions d'aptitude légale pour être nommé audit emploi, le Recteur de l'Académie d'Alger s'est, en nommant un de ces candidats, livré à une appréciation souveraine des faits qui ne saurait être discutée par la voie du recours pour excès de pouvoir ». Enfin, le supérieur hiérarchique conserve la liberté d'attribuer aux agents recrutés l'emploi qu'il juge opportun de leur confier, sans qu'aucun contrôle puisse être exercé sur l'exercice de cette prérogative (28).

On constate donc en définitive, l'existence d'une assez grande liberté au profit de l'autorité investie du pouvoir de nomination. Cette liberté se traduit, au plan contentieux, par un contrôle juridictionnel minimum. Elle est justifiée par l'existence d'un rapport d'infériorité entre le postulant d'un emploi public et l'administration.

Au stade de l'admission à concourir comme au stade de la nomination, la faiblesse des droits impartis aux destinataires de l'acte, leur position subordonnée par rapport aux exigences inhérentes au bon fonctionnement du service public commandent, en dernière analyse, l'étendue du contrôle juridictionnel.

Il importe de dégager à présent la portée du contrôle juridictionnel sur les mesures concernant les agents publics au cours de service.

§ 2. — Le déroulement de la carrière.

Responsable de la bonne marche de son service, le supérieur hiérarchique doit pouvoir apprécier la qualité de la collaboration

(25) Voir à ce sujet C.E. 16 mai 1941, Honorat, Rec. Lebon, p. 85 ; 12 novembre 1938, sieur Albert (François) Rec. Lebon, p. 837, Section.
(26) Rec. Lebon, p. 68.
(27) Rec. Lebon, p. 657.
(28) C.E. Union générale des douanes, 21 juin 1918, Rec. Lebon, p. 632.

apportée par ses agents. Il dispose de ce fait d'un pouvoir de direction sur la carrière des fonctionnaires soumis à son autorité. Ce pouvoir de direction se manifeste essentiellement par deux procédés : l'avancement et la notation. Ces deux procédés ne donnent lieu qu'à un contrôle juridictionnel restreint du fait de la subordination des intérêts de l'agent aux intérêts du service. En ce domaine, la situation du destinataire de l'acte explique au plan contentieux, la marge importante de liberté laissée à l'autorité administrative.

A. — L'avancement.

« L'avancement peut se faire de deux façons : par le passage à un emploi hiérarchiquement supérieur, ou par l'amélioration du traitement. La loi du 19 octobre 1946 oppose ces deux types d'avancement qui affectent l'un le grade, l'autre l'échelon. » (29). Nous ne retiendrons ici que l'avancement de grade, consistant à transférer un fonctionnaire d'un emploi à un autre, hiérarchiquement supérieur. Il manifeste, mieux que l'avancement de traitement, le pouvoir de promotion du chef de service.

Quel que soit en ce domaine le développement des garanties légales conférées par le statut, le contrôle juridictionnel du pouvoir de promotion est, eu égard à l'absence d'un droit véritable en la personne de l'agent, réduit au minimum. C'est ainsi que dans un arrêt Lourties du 17 mars 1911 (30), le Conseil d'Etat ne se livre qu'à un contrôle du détournement de pouvoir.

« Considérant qu'aux termes de l'article 9 du décret du 2 février 1907, l'avancement, pour le grade d'inspecteur des contributions directes, a lieu exclusivement au choix.

« Considérant qu'en n'inscrivant pas au tableau d'avancement, pour le grade d'inspecteur, le sieur Lourties, contrôleur principal des contributions directes, le ministre des Finances n'a fait qu'user des pouvoirs qui lui sont conférés par la disposition précitée; que, d'autre part, il ne ressort d'aucune des pièces du dossier que sa décision ait été motivée par des considérations étrangères à l'intérêt du service. »

Dans un arrêt Corre et autres du 8 juin 1928 (31), le Conseil d'Etat procède à un contrôle plus poussé. S'agissant d'un refus d'inscription à un tableau d'avancement, il vérifie si cette décision n'est pas le « résultat d'une mesure générale en vue d'exclure

(29) A. Plantey, « Traité pratique de la fonction publique », Paris 1956, p. 263.

(30) Rec. Lebon, p. 359.

(31) Rec. Lebon, p. 725, voir aussi 6 avril 1935, Durand, Rec. Lebon, p. 451.

une catégorie déterminée de fonctionnaires » et si cette décision a bien été précédée de l'examen des titres et mérites des candidats en présence. Antérieurement au statut de 1946, l'état du droit positif, en la matière, est remarquablement condensé dans la formule de l'arrêt Mennesson du 20 juillet 1935 (32).

« Considérant qu'en vertu des dispositions combinées des articles 2 et 22 de l'arrêté du Commissaire de la République française au Cameroun, en date du 13 juillet 1928, la promotion au grade de chef de dépôt a lieu seulement au choix; qu'en admettant que le sieur Mennesson eût pu être nommé à ce grade sans avoir été auparavant titulaire de l'emploi de sous-chef de dépôt, donné au concours, il n'avait, en tout cas, aucun droit à y être promu au choix le 1er juillet 1929, quelle qu'ait été son ancienneté de services; qu'en outre, l'appréciation par l'autorité hiérarchique de ses titres et de sa valeur professionnelle n'est pas susceptible d'être discutée devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux. »

Il résulte du considérant essentiel de cet arrêt que l'agent public n'a aucun droit à l'avancement. Le supérieur hiérarchique est maître d'apprécier si les qualités, la valeur professionnelle du candidat justifient une promotion. En particulier, l'ancienneté ne donne aucun droit à un avancement au choix, ni même d'ailleurs l'inscription à un tableau d'avancement (33).

De plus, le candidat à une promotion ne peut critiquer un retard à l'avancement. L'autorité administrative n'est pas tenue de pourvoir immédiatement aux vacances (34).

Sous l'empire de la loi du 19 octobre 1946 et de l'ordonnance du 4 février 1959 (35), l'avancement au choix ne peut avoir lieu que selon le tableau d'avancement préparé par l'administration. « Mais le pouvoir consultatif de la commission paritaire, le pouvoir de recommandation du Conseil supérieur de la fonction publique, laissent, en principe, intact, le pouvoir de promotion du chef de service. Aussi réglementé soit-il, ce pouvoir s'exerce encore avec un résidu considérable de pouvoir discrétionnaire. » (36).

Ce caractère partiellement discrétionnaire du pouvoir de promotion du supérieur hiérarchique se marque par l'absence d'un contrôle de l'appréciation des intérêts du service. Quelle que soit l'importance des garanties accordées par le statut, l'agent public se trouve toujours soumis en matière d'avancement de grade aux

(32) Rec. Lebon, p. 845, voir aussi 11 février 1932, Tisseront, Rec. Lebon, p. 167.
(33) C.E. 27 janvier 1932, Delle Toureng, Rec. Lebon, p. 106.
(34) C.E. 20 juillet 1949, Verdier, Rec. Lebon, p. 635.
(35) Voir sur ce point Juris-Classeur Adm. Fasc. 182.
(36) Venezia, *op. cit.*, p. 123.

exigences de l'intérêt public. Cette position subordonnée explique, dès lors, les faiblesses du contrôle juridictionnel. En matière d'avancement de grade comme dans le domaine des nominations, c'est la situation juridiquement démunie de l'agent public qui explique et justifie, dans une certaine mesure, l'existence d'une marge importante de liberté au profit du supérieur hiérarchique.

L'importance de la situation juridique du destinataire de l'acte se vérifie enfin en matière de notation de l'agent public.

B. — La notation.

« La loi du 19 octobre 1946 prévoit que la notation des fonctionnaires, procédé traditionnel de contrôle de la valeur des agents, doit être effectuée non plus seulement par le moyen classique de l'appréciation rédigée, mais aussi par le procédé des notes chiffrées. » (37). L'article 38 du statut énonce : « Il est attribué chaque année à tout fonctionnaire en activité ou en service détaché une note chiffrée suivie d'une appréciation générale exprimant sa valeur professionnelle. »

Cependant, dans deux domaines seulement, le législateur de 1946 a conféré aux notes une utilisation obligatoire. Tout d'abord, les notes sont obligatoires en matière d'avancement d'échelon. D'après l'article 46 du statut, « l'avancement d'échelon est, en effet, fonction à la fois de l'ancienneté et de la notation du fonctionnaire ». Ensuite, elles sont obligatoires en matière d'établissement du tableau d'avancement. L'article 54 dispose en effet : « Pour l'établissement du tableau d'avancement, il doit être procédé à un examen approfondi de la valeur professionnelle de l'agent, compte tenu principalement des notes obtenues par l'intéressé et des propositions motivées formulées par les chefs de services... »

Nous ne retiendrons ici que la notation dans le domaine de l'établissement du tableau d'avancement. L'avancement de grade, directement commandé par le tableau d'avancement, nous intéresse, en effet, plus particulièrement en tant qu'il entraîne nomination aux emplois supérieurs. A la différence de l'avancement d'échelon qui n'intéresse que le traitement et qui s'effectue automatiquement à l'ancienneté, l'avancement de grade manifeste pleinement le pouvoir de promotion du supérieur hiérarchique. Cette restriction étant apportée, il importe d'examiner dans quelle mesure le processus de la notation utilisé en matière d'avancement de grade, peut donner lieu à un contrôle juridictionnel.

(37) H. Tierry, « La notation des fonctionnaires », D. 1954, p. 81, chronique.

Traditionnellement, la jurisprudence du Conseil d'Etat ne considérait pas les notes données à un fonctionnaire comme des décisions susceptibles d'être attaquées par la voie du recours pour excès de pouvoir (38). Par contre, elle admettait la possibilité pour le fonctionnaire de critiquer à l'appui d'un recours formé contre une décision concernant sa carrière, les vices qui entacheraient les notes qui lui ont été données (39). Notamment, il n'y a pas lieu d'établir que les notes irrégulières avaient eu en fait une influence sur la décision attaquée. Il suffisait que la décision ait été prise au vu d'un dossier contenant les notes, ou que les notes irrégulièrement décernées aient été susceptibles d'exercer une influence sur l'appréciation de la valeur professionnelle de l'intéressé, au moment où était prise la décision affectant la carrière.

« Ainsi, l'irrecevabilité des recours contre les notes des fonctionnaires ne résultait pas d'une répugnance du juge à se prononcer sur la légalité de l'influence de ces notes. » (40).

Aussi le Conseil d'Etat n'eût-il aucune hésitation à renverser la jurisprudence antérieure. Par une décision de section, en date du 23 novembre 1962 (41), la haute Assemblée a admis la possibilité de contester directement les notes dans le délai du recours et non plus postérieurement, à l'occasion d'une mesure affectant la carrière.

L'importance de ce revirement est rehaussé par le fait, qu'au cas d'espèce, il n'était pas nécessaire de modifier la jurisprudence antérieure. En effet, la décision attaquée avait été prise au vu d'un dossier comprenant des notes qui n'étaient pas motivées par le comportement de l'intéressé ou son insuffisance professionnelle. Conformément à la jurisprudence antérieure et du fait que les notes avaient été susceptibles d'exercer une influence sur l'établissement du tableau d'avancement, la décision attaquée devait être annulée par ce seul motif.

Cependant, le Conseil d'Etat a cru bon d'ajouter que « l'administration n'établissant pas la date à laquelle les notes ont été notifiées. le requérant est recevable à exciper de l'illégalité desdites notes pour contester le tableau d'avancement... ».

(38) C.E. 5 novembre 1920, Crabe, Rec. Lebon, p. 930 ; 20 octobre 1937, Morel, Rec. Lebon, p. 833 ; 28 novembre 1951, sieurs Braun, Mullet et Vonthron, Rec. Lebon, p. 559.

(39) Sect. 20 mars 1953, Martin, Rec. Lebon, p. 140 ; 6 mai 1953, Thomasset, Rec. Lebon, p. 206 ; 6 mai 1960, Biage, Rec. Lebon, p. 297, R.D.P. 1961, p. 313, note Waline.

(40) Chron. générale de Juris. adm. A.J.D.A., décembre 1962, p. 660.

(41) Section, Sieur Camara, A.J.D.A. 1962, p. 687.

La haute assemblée ouvre la voie aux recours intentés directement contre les notes. Mais ce libéralisme ne signifie pas pour autant une restriction à l'exercice du pouvoir de notation. Le supérieur hiérarchique conserve la liberté d'apprécier discrétionnairement le comportement professionnel de l'agent placé sous son autorité. Dans la décision Camara du 23 novembre 1962, le Conseil d'Etat déclare illégales les notes au motif qu'elles n'ont pas été motivées par le comportement ou l'insuffisance professionnels de l'intéressé. Il censure le détournement de pouvoir. Il ne restreint pas à proprement parler la liberté d'action du supérieur hiérarchique.

L'arrêt sieur Camara n'apporte, en ce domaine, aucune innovation. La censure juridictionnelle est limitée à l'exactitude matérielle du fait et au détournement de pouvoir.

On constate donc, en définitive, que la censure exercée par la juridiction administrative est extrêmement limitée. La faiblesse des investigations auxquelles se livre le juge de l'excès de pouvoir reflète parfaitement l'importance que l'on doit attacher au point de vue du destinataire de l'acte. La position d'infériorité dans laquelle est placé l'agent public par rapport aux intérêts légitimes du service public implique une limitation de la censure juridictionnelle. Certes, cette limitation découle naturellement de l'existence au profit du supérieur hiérarchique de textes d'habilitation discrétionnaire. Mais la présence, à la source du pouvoir de promotion du supérieur de tels actes, ne suffit pas à expliquer les faiblesses du contrôle juridictionnel. C'est une condition nécessaire, mais non suffisante, puisqu'en matière de police municipale, l'existence d'une habilitation très large ne fait pas échec à un contrôle extrêmement poussé de la part du juge de l'excès de pouvoir. C'est donc, à notre sens, l'importance des droits dont sont investis les destinataires d'un acte administratif qui constitue la solution explicative des données jurisprudentielles. Le contentieux relatif au déroulement de la carrière de l'agent rend compte des faiblesses des vérifications effectuées par le juge de l'excès de pouvoir dans un domaine où par essence même, l'agent public est soumis aux exigences du service.

Le pouvoir partiellement discrétionnaire du supérieur hiérarchique n'est que la manifestation, au plan contentieux, d'une situation subordonnée.

Afin de compléter la démonstration entreprise, il importe, à présent, d'examiner la portée du contrôle juridictionnel sur l'exercice du pouvoir du supérieur hiérarchique à la sortie du service.

Tel sera l'objet de notre dernier paragraphe.

§ 3. — La sortie du service (42).

La rupture du lien qui unit le fonctionnaire au service peut revêtir quatre formes principales : la mise à la retraite, la révocation, la démission et le licenciement. De ces divers modes par lesquels s'opère la sortie définitive du service, nous ne retiendrons que les deux derniers. La démission tout comme le licenciement laissent, en effet, transparaître une marge importante de pouvoir discrétionnaire au profit du supérieur hiérarchique. L'étude du contentieux relatif à ces deux formes de sortie du service permet de préciser, en ce domaine, la portée du contrôle juridictionnel. Il importe dès lors de vérifier si la situation juridique du destinataire de l'acte influe sur la censure exercée par le juge de l'excès de pouvoir.

A. — La démission.

Au terme de l'article 32 du décret n° 59-309 du 14 février 1959, complétant l'article 50 du statut général des fonctionnaires « la démission ne peut résulter que d'une demande écrite de l'intéressé marquant sa volonté non équivoque de quitter les cadres de son administration ou son service ».

« Cet acte, unilatéral à son origine, est considéré comme un mode régulier de cessation des fonctions; cependant la réalisation de ses effets est subordonnée à l'acceptation de la démission par l'autorité compétente; c'est ce qui permet d'opposer la démission à l'abandon de poste. » (43).

Or, dans l'exercice de son pouvoir d'acceptation, l'autorité administrative dispose d'une marge importante de liberté qui se traduit, au plan contentieux, par une censure réduite au minimum. C'est ainsi que dans un arrêt Rousseau du 28 juillet 1951 (44), le juge administratif ne procède qu'à une vérification sommaire de l'erreur de droit et du détournement de pouvoir.

« Considérant qu'aucune disposition de loi ou de règlement n'a limité le pouvoir du ministre, en ce qui concerne l'acceptation des démissions...; que, dès lors, le refus du secrétaire d'Etat, agissant dans la sphère des attributions qui lui appartiennent de donner suite à l'offre de démission du sieur Rousseau ne constitue pas un excès de pouvoir; qu'il ne ressort d'aucune des pièces versées au dossier que la décision attaquée ait été prise pour un but étranger à l'intérêt du service. »

(42) Voir sur ce point A. Plantey, *op. cit.*, p. 145.
(43) Plantey, *op. cit.*, p. 150.
(44) Rec. Lebon, p. 449.

Des formules analogues se retrouvent dans l'arrêt de section Bonny du 27 mars 1936 (45) ainsi que dans la plupart des décisions intervenues en ce domaine (46). Sans doute le fonctionnaire qui se voit refuser sa démission dispose-t-il d'un recours. L'article 33, alinéa 2 du décret du 14 février 1959, dispose en effet : « Si l'autorité compétente refuse d'accepter la démission, l'intéressé peut saisir la commission administrative paritaire. Celle-ci émet un avis motivé qu'elle transmet à l'autorité compétente. » Mais l'existence de cette garantie ne diminue en rien la liberté pour le supérieur hiérarchique de refuser ou d'accepter une démission.

Les limitations extrêmement minimes que le juge administratif apporte au pouvoir du chef de service laissent cependant subsister une marge importante de liberté. Or, qui ne voit, en ce domaine, que les faiblesses du contrôle juridictionnel s'expliquent tout naturellement par la position subordonnée de l'agent public ?

Les convenances personnelles de ce dernier passent nécessairement après l'intérêt du fonctionnement régulier du service. Une démission prématurée risque, en effet, de désorganiser un service. Il importe donc que l'intérêt personnel de l'agent cède le pas devant les intérêts supérieurs du service. Cette disparité d'intérêt conditionne et légitime tout à la fois les faibles investigations auxquelles procède le juge administratif.

En matière de démission, c'est donc en définitive, l'infériorité de la position de l'agent public par rapport aux exigences du service public qui explique, au plan contentieux, la marge importante de liberté dont est investi le supérieur hiérarchique.

Des considérations analogues peuvent être faites dans le domaine des licenciements, second processus consacrant la rupture du lien qui unit le fonctionnaire au service.

B. — Le licenciement.

« Le licenciement est un mode anormal de rupture du lien qui unit la collectivité publique à l'agent, mais il n'implique cependant aucune considération disciplinaire. » (47). Le contrôle juridictionnel est, en ce domaine, particulièrement révélateur de l'importance de la situation juridique du destinataire de la mesure.

En effet, l'étendue de la censure exercée par le juge de l'excès de pouvoir varie expressément en considération de la personne

(45) Rec. Lebon, p. 387.

(46) 23 mars 1872, Pichon, Rec. Lebon, p. 183 ; 27 janvier 1888, Germain, Rec. Lebon, p. 83 ; 20 février 1891, Deve, Rec. Lebon, p. 136.

(47) A. Plantey, *op. cit.*, p. 154.

qui est visée par la décision de licenciement. A cet égard, il convient de distinguer essentiellement deux grandes catégories de destinataires : les agents publics titulaires; les agents publics non titulaires. La position privilégiée des premiers par rapport aux seconds explique, en matière de licenciements, les variations dans l'amplitude du contrôle juridictionnel.

1. — *Le licenciement des titulaires.*

Le licenciement pour insuffisance professionnelle ou incapacité physique d'exercer les fonctions est consacré tout à la fois par la loi du 19 octobre 1946 (article 135) et les dispositions de l'ordonnance du 4 février 1959 (48). Ces deux textes entourent ces licenciements d'un luxe de précautions. Notamment, il est nécessaire que soient respectées les procédures disciplinaires et que tout reclassement dans un autre service s'avère impossible.

Mais quelle que soit l'importance des garanties légales accordées aux agents titulaires, il subsiste une assez grande marge de liberté au profit du supérieur hiérarchique. Celle-ci se traduit, au plan contentieux, par l'absence d'un contrôle portant sur l'adéquation entre l'objet de l'acte et ses motifs. Toutefois, eu égard à la position privilégiée des agents titulaires par rapport aux non titulaires, le juge administratif va être amené à procéder à des vérifications plus poussées. C'est ainsi que dans un arrêt de section du 19 février 1954, sieur Couture (49), le juge de l'excès de pouvoir se livre à des investigations portant, outre la matérialité des faits, sur l'appréciation même desdits faits.

« Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que l'appréciation faite par le ministre repose sur des faits matériellement inexacts, qu'il résulte de l'instruction que le comportement général du sieur Couture a été de nature à justifier légalement l'application qui lui a été faite des dispositions de l'article 135 de la loi du 19 octobre 1946. » Le juge administratif procède donc, au cas d'espèce, à un contrôle de la qualification *in concreto*. La sévérité d'une telle censure (encore qu'elle ne porte pas à réellement parler sur l'opportunité de la décision) s'explique aisément, si l'on considère la position favorisée de l'agent public titulaire. Ce dernier a, en effet, un droit à ne pas être licencié pour n'importe quel motif. Le Conseil d'Etat procède donc à la vérification du bien fondé du motif sans toutefois se livrer à une véritable appré-

(48) Aux termes de l'article 52 du statut : « le fonctionnaire qui fait preuve d'insuffisance professionnelle est, s'il ne peut être reclassé dans un autre emploi, soit admis à faire valoir ses droits à la retraite, soit licencié. »

(49) Rec. Lebon, p. 116.

ciation de sa valeur : ce dernier point étant laissé à la discrétion du supérieur hiérarchique.

Il n'est qu'une exception à cette vérification plus poussée du juge de l'excès de pouvoir. Elle concerne le contrôle des licenciements pour les titulaires des emplois supérieurs laissés à la discrétion du gouvernement. Dans ce domaine, la censure juridictionnelle ne va pas au-delà du motif exact et du détournement de pouvoir. Significative est, à cet égard, la formule utilisée par la haute juridiction dans l'arrêt Nègre du 24 juin 1949 (50) : « en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire fixant le statut du directeur général de l'Agence France-Presse, et eu égard à la nature de son emploi, il appartenait au gouvernement de décider comme il l'a fait, dans l'intérêt du service, la cessation des fonctions du sieur Nègre, bien qu'aucune faute de nature à motiver une sanction disciplinaire ne lui fut reprochée; que l'opportunité de cette décision ne peut être discutée devant le Conseil d'État statuant au contentieux.

Cependant, cette exception à la jurisprudence Couture n'infirme pas nettement la règle sus-dégagée. En effet, si le contrôle juridictionnel est limité, c'est essentiellement en fonction de l'importance de l'emploi dans la hiérarchie administrative. Le titulaire de cet emploi, généralement un haut fonctionnaire, est placé dans une position subordonnée par rapport aux exigences du service public. Il n'a, à proprement parler, aucun droit à rester en fonction. On retrouve, dès lors, la situation du destinataire comme solution explicative de la faiblesse de la censure juridictionnelle.

Le licenciement par suppression d'emploi donne également lieu à un contrôle de la part du juge de l'excès de pouvoir. Avant 1946, cette forme courante de licenciement était considérée par l'ensemble de la doctrine comme relevant de la théorie des mesures d'ordre intérieur (51). En conséquence, le pouvoir discrétionnaire du chef de service pouvait se donner libre cours. Toutefois, la loi du 19 octobre 1946 est venue supprimer pour partie cette liberté. L'article 134 du statut dispose, en effet, que « en cas de suppression d'emplois permanents occupés par des fonctionnaires, ces derniers ne peuvent être licenciés qu'en vertu de lois spéciales de dégagement des cadres ». Conformément à cet article, la loi du 3 septembre 1947 a prévu dans quelles conditions devait s'opérer le dégagement des cadres des fonctionnaires de l'Etat. Mais

(50) D. 1949.J.570, note J.G. ; voir aussi 10 décembre 19??, Lavaud, Rec. Lebon, p. 467.

(51) Jèze, R.D.P. 1914, p. 365 ; Hauriou, note sous l'arrêt Lefranc du 22 janvier 1926, S. 1926.3.25 ; voir aussi Rivero, « Les mesures d'ordre intérieur administratives », Thèse Paris, 1934.

quelle que soit l'ampleur de la réglementation opérée par la loi précitée, il n'en subsiste pas moins, au profit du supérieur hiérarchique, une marge importante de liberté dans l'appréciation de l'équivalence de deux emplois, compte tenu de la valeur professionnelle du candidat.

« Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat statuant au contentieux de se prononcer sur l'appréciation faite par le ministre compétent de la valeur professionnelle d'un fonctionnaire pour l'application des dispositions de la loi du 3 septembre 1947 sur le dégagement des cadres. » (52).

De même, aux termes de l'article 84 de la loi du 28 avril 1952, « les agents titulaires dont les emplois auraient été supprimés et qui ne pourraient être affectés à des emplois équivalents recevront une indemnité en capital égal à un mois de traitement par année de service, à moins de remplir, au moment du licenciement, les conditions exigées pour avoir droit à une retraite proportionnelle avec jouissance immédiate ». Statuant, à la suite de la suppression d'un emploi, sur l'application de l'article 84, la haute juridiction relève : « qu'à défaut de dispositions législatives ou réglementaires définissant les équivalences d'emplois communaux... il appartient au maire de la commune d'apprécier, si parmi les emplois vacants, il existe des emplois équivalents à ceux dont la suppression a été décidée par le Conseil municipal et auxquels peuvent être affectés les titulaires des emplois supprimés; que cette appréciation, sauf dans le cas d'absence manifeste d'équivalence, n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge administratif... ».

La formule de cet arrêt Lagrange du 15 février 1961 (53) est symptomatique du contrôle exercé par le juge de l'excès de pouvoir sur l'équivalence des emplois administratifs. Le Conseil d'Etat renonce en ce domaine à exercer d'autre contrôle que celui de l'erreur de droit, du fait matériellement inexact ou du détournement de pouvoir (encore que l'allusion à « l'absence manifeste d'équivalence » puisse laisser penser à un accroissement du contrôle) (54).

L'explication de la faiblesse du contrôle juridictionnel par la technicité de la matière ne semble pas, à cet égard, satisfaisante.

(52) C.E. 2 juin 1950, Deslandes, Rec. Lebon, p. 338 ; voir aussi 22 juin 1951, Riedinger, Rec. Lebon, p. 360 ; 18 juin 1952, Delle Touzet, Rec. Lebon, p. 318 ; 22 février 1950, Dame Jecouzo, Rec. Lebon, p. 116 ; 6 novembre 1957, Fribourg, Rec. Lebon, p. 585.

(53) Rec. Lebon, p. 121 ; voir aussi 17 mai 1961, Delle Cavaignac, Rec. Lebon, p. 310.

(54) Comparer avec 27 avril 1951, Assemblée, Melamede, Rec. Lebon, p. 226, conclusions Delvolvé.

Comme le font justement remarquer MM. Galabert et Gentot, « A supposer que l'appréciation de cette équivalence comporte une certaine technicité, il s'agit d'une technique à laquelle le juge administratif, en raison de sa formation et souvent de son expérience de l'administration active, n'est pas étranger. » (55).

D'autre part, l'explication tirée de ce que le juge n'avait pas, dès lors que les textes ne définissaient pas l'équivalence, à limiter, à partir de critères qu'il aurait élaborés, la liberté d'appréciation laissée à l'administration, n'est pas décisive. Il arrive, en effet, que le juge administratif ne déduise pas du silence des textes l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration, mais exerce au contraire un contrôle très strict en définissant lui-même le contenu précis d'une obligation mise en termes très généraux à la charge de l'administration (56).

A l'inverse, il arrive que le juge de l'excès de pouvoir se refuse à exercer son contrôle, alors même que les textes donneraient à ce contrôle un fondement juridique (57).

On constate donc que l'équation : indétermination législative = pouvoir discrétionnaire, n'est pas toujours exacte.

Devant les insuffisances de ces explications, il apparaît possible de faire intervenir la position du destinataire de l'acte. Cette dernière est, à notre avis, dans l'équation indétermination légale = pouvoir discrétionnaire, la variable qui rend compte de l'étendue ou de la faiblesse de la censure exercée par le juge de l'excès de pouvoir. Si en effet, en matière de licenciements pour suppression d'emploi, le contrôle n'est qu'illusoire, c'est moins par la présence à la source du pouvoir du supérieur hiérarchique d'un texte discrétionnaire, que par la position d'infériorité dans laquelle est placé le destinataire de l'acte, c'est-à-dire l'agent public.

Ce dernier est en effet subordonné aux exigences inhérentes au fonctionnement du service public. Cette subordination, cette absence de droits suffisamment légitimes pour être opposés aux volontés de la puissance publique, conditionnent, dans le domaine du licenciement des agents titulaires, les faiblesses du contrôle juridictionnel.

Les mêmes constatations se retrouvent avec quelques variantes en matière de licenciement des agents publics non titulaires.

(55) Galabert et Gentot, chron. juris. A.J.D.A. 1961.I.200.
(56) C.E. 24 février 1961, Zimmet, section, Rec. Lebon, p. 114.
(57) Voir à ce sujet, Melamède, précité *supra*, p. 170.

2. — *Le licenciement des non titulaires.*

Dans le domaine des licenciements des non titulaires, la censure du juge de l'excès de pouvoir est limitée au strict minimum. La faiblesse d'un tel contrôle ne peut étonner si l'on veut bien considérer que cette catégorie particulière est placée dans une position beaucoup plus précaire que celle des agents titulaires. Ainsi, « le licenciement des stagiaires peut être opéré pour insuffisance professionnelle, incapacité physique ou morale d'exercer les fonctions à toute époque et sans indemnité (décret du 13 septembre 1949).

Il en est de même pour tous les agents recrutés à titre provisoire sans que la décision ait à être motivée.

La formule de l'arrêt Arco du 30 avril 1948 (59) est, à cet égard, révélatrice des faiblesses du contrôle juridictionnel.

« Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier qu'en mettant fin au stage du sieur Arco par le motif que ce dernier était inapte physiquement à assurer ses fonctions, le Préfet ait fondé sa décision sur un fait matériellement inexact. »

Dans cette espèce, le Conseil d'Etat se livre donc à un contrôle de la matérialité des faits et de l'erreur de droit. Mais à la différence de l'espèce Couture, il ne procède pas à une appréciation des faits qui ont motivé la mesure.

Dès lors, il ressort de la comparaison des contentieux relatifs aux licenciements des agents titulaires et des agents non titulaires, que c'est, en définitive, l'importance ou la faiblesse des droits en la personne du fonctionnaire, qui commande en ce domaine, la portée du contrôle juridictionnel.

En résumé, il apparaît bien, dans le processus par lequel s'opère la sortie du service public, que le pouvoir du supérieur hiérarchique s'exerce avec une marge assez considérable de liberté.

« Le pouvoir de retrait d'emploi est un pouvoir discrétionnaire qui, dans la mesure où il s'exerce en conformité des dispositions légales et dans l'intérêt du service, n'est pas susceptible d'être critiqué devant le juge de l'excès de pouvoir. » (60). La liberté dont jouit le supérieur hiérarchique est étroitement conditionnée, au plan contentieux, par la situation juridique du destinataire. La position subordonnée de l'agent public explique dès lors la survivance du pouvoir discrétionnaire en matière de licenciements.

(58) A. Plantey, *op. cit.*, p. 156.
(59) Rec. Lebon, p. 187.
(60) Venezia, *op. cit.*, p. 123.

CONCLUSION

Au terme de cette étude consacrée au contrôle juridictionnel du pouvoir du supérieur hiérarchique, sur la carrière de l'agent, il importe de dégager certaines conclusions.

Parmi l'abondant contentieux relatif à la fonction publique, nous avons pu constater que le juge de l'excès de pouvoir n'opère qu'une vérification sommaire des mesures prises par le supérieur hiérarchique. Et nous avons imputé les faiblesses de ce contrôle à la spécificité de la position des requérants : les agents publics étant, sous réserve de quelques variantes, placés dans une position d'infériorité par rapport aux exigences du service public. Cette affirmation, pour exacte qu'elle nous semble être, doit cependant être légèrement corrigée.

La première correction est d'évidence. Mettre en exergue le point de vue du destinataire de l'acte n'est pas pour autant affirmer que le juge administratif n'exerce son contrôle qu'en fonction de la seule position de l'agent. Il examine, bien évidemment, le rapport agent public - administration. Et c'est uniquement la constatation d'un rapport d'infériorité, de subordination de l'agent à son supérieur hiérarchique qui l'amène à n'exercer qu'une vérification sommaire.

Enfin, affirmer l'importance du point de vue du destinataire de l'acte dans la censure exercée par le juge de l'excès de pouvoir sur les mesures prises par le chef de service à l'encontre des agents placés sous son autorité n'est cependant pas de nature à dénier toute valeur aux autres explications. La technicité de la matière dans laquelle s'effectue le contrôle fournit à la faiblesse du contrôle juridictionnel une explication qui, pour n'être pas totalement satisfaisante, n'en est pas moins négligeable. Il en est de même de la théorie qui voit, dans les vérifications sommaires effectuées par le juge de l'excès de pouvoir, le résultat d'une indétermination de la réglementation législative.

Si cette théorie est pour une large part de nature à rendre compte des solutions jurisprudentielles, elle nous semble devoir cependant être complétée. Le complément indispensable est constitué, à notre avis, par le point de vue du destinataire de l'acte. Mis en présence d'un texte d'habilitation « discrétionnaire », le juge administratif effectuera un contrôle plus ou moins poussé suivant que la mesure prise, en vertu de ce texte, visera une per-

sonne investie ou non d'un droit ou d'un intérêt légitimes. Si dans le contentieux de la fonction publique, le Conseil d'Etat ne pousse pas son contrôle au-delà de l'erreur de droit et du détournement de pouvoir, c'est uniquement en fonction de la situation particulièrement démunie de l'agent par rapport aux intérêts du service : le rapport agent-administration étant, en tout état de cause, un rapport d'infériorité.

En ce domaine, le point de vue du destinataire de l'acte constitue donc la variable susceptible de rendre compte de l'amplitude ou de la faiblesse du contrôle juridictionnel.

Valable dans le contentieux des mesures prises par le supérieur hiérarchique sur la carrière de l'agent, cette explication se justifie également dans le contentieux des mesures prises par le supérieur dans l'exercice de son pouvoir de répression.

Section 2

LE CONTROLE JURIDICTIONNEL DU POUVOIR DE REPRESSION DU SUPERIEUR HIERARCHIQUE

Pour assurer la discipline indispensable au déroulement correct de la vie administrative, l'autorité hiérarchique est investie d'un pouvoir de répression se manifestant par la possibilité de « frapper un agent public d'une sanction l'atteignant dans ses intérêts de carrière, ou le privant de sa fonction pour une faute contre ses devoirs de fonction » (61).

Dans l'exercice de ce pouvoir, une latitude assez grande lui est laissée. L'absence, en matière disciplinaire, d'une garantie analogue au principe pénal « *nullum crimen sine lege* » est symptomatique de la liberté dont il dispose. Le supérieur hiérarchique peut, à son gré, déterminer et apprécier les faits constitutifs d'une faute disciplinaire et leur appliquer la gamme des sanctions prévues par le statut.

Cependant, l'exercice de ce pouvoir se heurte à l'existence d'un contrôle qui, s'il n'intervient qu'*a posteriori*, n'en est pas moins de nature à entraver, pour partie, la liberté de l'autorité administrative. La censure juridictionnelle constitue, à cet égard, le contrepoids nécessaire à l'arbitraire de la puissance commandante.

Mais de quelle manière s'opère cette restriction à la toute puissance du supérieur hiérarchique ? Quelle est en ce domaine la

(61) Waline, « Droit Administratif », 8e éd. 1959, p. 802.

portée du contrôle juridictionnel ? Tel est le problème qu'il convient de résoudre.

La question est d'importance. En effet, l'époque actuelle consacre le déclin de la répression disciplinaire du milieu du XIX^e^ siècle. La jurisprudence relative au pouvoir de répression s'est détachée nettement des principes empruntés à l'institution militaire. L'évolution est, à ce titre, si caractéristique que certains auteurs (62) n'hésitent pas à parler d'une tendance générale visant à transférer au juge administratif les pouvoirs de libre appréciation du supérieur hiérarchique.

Cette affirmation, si elle recèle une part d'exactitude, n'est cependant pas satisfaisante. En effet, dans ce domaine comme dans les précédents, la position spécifique du destinataire de l'acte administratif impose certaines limites aux progrès du contrôle juridictionnel. La situation subordonnée de l'agent public destinataire par excellence de la mesure disciplinaire implique une diminution de la censure effectuée par le juge de l'excès de pouvoir. Cette diminution se traduit, au plan contentieux, par l'absence d'un contrôle portant sur la proportion entre l'objet de l'acte et ses motifs.

Mais avant de confronter cette affirmation aux données jurisprudentielles, il n'est pas inutile de retracer sommairement et d'une manière toute théorique, les différentes étapes qui jalonnent, en matière de répression disciplinaire, le contrôle effectué par le juge de l'excès de pouvoir. Cette présentation théorique permettra de situer avec précision les éléments de la mesure disciplinaire qui échappent au contrôle de la juridiction administrative.

§ 1. — Présentation théorique du problème.

Les éléments sur lesquels le Conseil d'Etat saisi par un agent public d'un recours intenté contre une mesure disciplinaire, peut théoriquement faire jouer son contrôle correspondent au triptyque : faits, faute, sanction.

1) Le contrôle du premier volet du triptyque ne soulève aucune difficulté. Mis en présence d'une sanction disciplinaire, le juge administratif se doit de vérifier si elle est justifiée par l'existence de certains faits. Si ces derniers se révèlent inexistants, la sanction tombe automatiquement. La vérification de l'exactitude matérielle des faits est la première phase indispensable, sans laquelle le contrôle juridictionnel perdrait sa raison d'être.

(62) Voir à ce sujet VENEZIA, *op. cit.*, p. 126.

2) La deuxième étape théorique du contrôle correspond au déploiement du premier volet sur celui du milieu. C'est le rapport *Faits-Faute* que le juge de l'excès de pouvoir est alors chargé d'examiner. Mais cet examen, il peut l'entreprendre de deux manières différentes. Dans un premier stade, le Conseil d'Etat vérifiera si tel fait pris *in abstracto* entre bien dans la catégorie des fautes disciplinaires. Ainsi, chargé de se prononcer sur une sanction disciplinaire motivée par l'injure faite par un agent public à son supérieur hiérarchique, la haute Assemblée va être amenée à se poser essentiellement deux questions. La première peut se formuler dans cette proposition : l'injure existe-t-elle ? Si le Conseil d'Etat répond affirmativement à cette première question, une seconde sollicite de suite son attention. L'injure est-elle un fait fautif de nature à justifier une sanction ? La réponse donnée à cette deuxième question correspond à ce que nous avons appelé le contrôle de la qualification *in abstracto.* Cette vérification du caractère fautif du fait de nature à justifier une sanction est, d'ailleurs, absolument inévitable, en raison de l'absence d'une énumération légale des fautes disciplinaires.

Mais dans un second stade, la juridiction administrative peut théoriquement pousser plus loin son contrôle du rapport Faits-Faute. Elle procède alors à une appréciation des faits pris dans leur contexte même. Pour reprendre l'exemple précédent, le Conseil d'Etat sera chargé d'examiner, si eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, l'injure était bien une faute disciplinaire susceptible d'engendrer une sanction. Le contrôle de la qualification *in concreto* vient alors se greffer sur le contrôle de la qualification *in abstracto.* Mais quelle que soit l'étendue de la vérification effectuée par le juge administratif, il est encore possible d'envisager une autre hypothèse de contrôle sur le rapport *Faits-Faute.* C'est celle qui consiste dans un examen de la gravité de la faute. Dans notre exemple précédent, le Conseil d'Etat se prononcera sur la gravité de la faute disciplinaire que constitue l'injure faite par un agent public à son supérieur hiérarchique. Ce n'est qu'à ce stade ultime que la vérification de la correspondance entre les faits et la faute sera complète.

3) Enfin, dans une dernière étape, le juge de l'excès de pouvoir peut examiner la correspondance établie par le supérieur hiérarchique entre une sanction déterminée et la faute qui lui sert de support. A supposer que l'injure ait motivé la sanction la plus grave dans l'échelle des peines fixées par le statut; c'est-à-dire la révocation, la haute assemblée sera amenée à vérifier le bien fondé de la proportion existant entre la faute et la sanction. Au cas d'espèce,

le Conseil d'Etat pourra estimer que l'injure étant une faute légère ne doit pas donner lieu à une sanction disciplinaire aussi lourde que la révocation.

Ainsi, à l'occasion de chaque recours intenté contre des mesures disciplinaires, le juge de l'excès de pouvoir serait conduit à établir une sorte de barême des fautes et des peines. Il déciderait par exemple qu'à une faute légère doit s'adapter une sanction légère, à une faute grave, une sanction grave.

Ce contrôle l'entraînerait inéluctablement à substituer intégralement son appréciation à celle du supérieur hiérarchique. Il serait alors exact de parler d'une « juridictionnalisation » de la répression disciplinaire : le contrôle de la proportion entre l'objet de l'acte (la sanction) et ses motifs (la faute disciplinaire) supprimant toute trace de liberté au bénéfice du supérieur hiérarchique.

Ce schéma théorique du contrôle qui peut être effectué par la juridiction administrative sur les mesures disciplinaires visant les agents publics étant tracé, il reste à en préciser la portée dans la pratique contentieuse. Le Conseil d'Etat n'effectue-t-il qu'une vérification sommaire sur le rapport Faits-Fautes ? Ou au contraire exerce-t-il un contrôle total portant à la fois sur le premier et le second rapport ?

Il importe de souligner l'enjeu de telles questions. Si en effet, l'étude de la jurisprudence administrative permet de donner une réponse affirmative à la seconde question, notre thèse se verra de ce fait infirmée. L'importance que nous avons reconnue à la situation subordonnée de l'agent public commande, en ce domaine, une censure, sinon réduite au minimum, du moins ne portant pas sur le rapport Faute-Sanction, c'est-à-dire sur la proportion entre l'objet de l'acte et ses motifs. A l'inverse, un contrôle ne portant que sur le rapport Faits-Faute n'infirmerait en rien notre thèse. Il subsisterait, en effet, toujours une marge de liberté au profit du supérieur hiérarchique, marge se traduisant par la possibilité d'adapter telle sanction à telle faute.

On mesure donc toute l'importance de la réponse donnée à un tel problème. Cette réponse ne peut être fournie que par un examen attentif de la jurisprudence administrative. Il importe donc d'y procéder à la lumière du schéma théorique que nous venons de dégager.

Tel sera l'objet de notre second paragraphe.

§ 2. — Examen de la jurisprudence relative aux mesures disciplinaires.

S'il est vrai d'affirmer que depuis cent-cinquante ans, une évolution considérable s'est effectuée dans le contentieux des mesures disciplinaires, ce serait fausser la réalité que de prétendre, en ce domaine, à une « juridictionnalisation » complète. Sans pour autant préjuger des solutions à venir, il semble désormais possible de fixer les limites du contrôle juridictionnel. La rédaction des arrêts du Conseil d'Etat, si imparfaite soit-elle, rend compte, en effet, de deux phénomènes essentiels. Le juge de l'excès de pouvoir procède toujours à un contrôle du rapport entre les faits et la faute. A l'inverse, il n'examine jamais la proportion établie par le supérieur hiérarchique entre la sanction et la faute qui lui sert de support. Cette constatation de la survivance au profit de l'autorité administrative d'un certain pouvoir discrétionnaire témoigne de l'importance, au plan contentieux, de la situation du destinataire de l'acte.

A. — Le controle du rapport fait-faute.

Ce contrôle ne s'est effectué qu'à une époque asez récente. Les origines de la répression disciplinaire sont, en effet, caractérisées par la toute puissance du supérieur hiérarchique. La formule du doyen Bonnard illustre à merveille cet état de chose : « un agent unique prononce, sans être astreint à aucune formalité, pour une faute laissée à son appréciation, une peine dont il fixe nature et quotité » (63).

A cette époque, le Conseil d'Etat se livre à un contrôle purement illusoire du détournement de pouvoir. Il ne procède même pas à la vérification de l'exactitude matérielle des faits. La formule de l'arrêt Djabri-ben-el-Hadj-Doussen (64) est à cet égard typique : « Considérant qu'à l'encontre de la décision attaquée, le requérant ne justifie d'aucun vice de forme et n'allègue aucun détournement de pouvoir; qu'il se borne à contester les faits qui ont motivé sa mise à la retraite; considérant que l'opportunité de la mesure prise contre le sieur D... ne peut être discutée devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux... »

(63) Bonnard, « De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics », Thèse Bordeaux, 1903.

(64) C.E. 17 novembre 1911, Rec. Lebon, p. 1048 ; voir aussi, 13 décembre 1907, Carlé, Rec. Lebon, p. 946 ; 7 mars 1913, Guillebeau, Rec. Lebon, p. 324.

Mais peu à peu, la haute Assemblée s'oriente vers un contrôle de l'exactitude matérielle des faits (65). Toutefois, ce n'est qu'à une époque relativement récente que le juge de l'excès de pouvoir, saisi d'un recours contre une mesure disciplinaire, se livre à une vérification du rapport faits-faute.

Encore convient-il de dégager, compte tenu de l'évolution jurisprudentielle, les divers procédés par lesquels la haute juridiction administrative a entrepris le contrôle total du rapport faits-faute. Nous allons voir successivement que dans une première étape, le juge de l'excès de pouvoir procède à un contrôle de la qualification *in abstracto*. Dans une deuxième étape, il se livre à une vérification assez poussée de l'appréciation des faits.

Enfin, certaines espèces témoignent d'un contrôle portant sur la gravité de la faute qui motive la sanction disciplinaire.

1. — *Le contrôle de la qualification « in abstracto ».*

On s'accorde (66) en général pour faire remonter les débuts de ce contrôle à l'arrêt Camino du 14 janvier 1916 (67). Au cas d'espèce, le requérant avait déféré au Conseil d'Etat, d'une part un arrêté l'ayant suspendu de ses fonctions pour la durée d'un mois, et d'autre part un décret l'ayant révoqué de ses fonctions. Statuant sur ce recours, la haute Assemblée se prononce en ces termes :

« Considérant que si le Conseil d'Etat ne peut apprécier l'opportunité des mesures qui lui sont déférées par la voie du recours pour excès de pouvoir, il lui appartient d'une part de vérifier la matérialité des faits qui ont motivé ces mesures, d'autre part, dans le cas où lesdits faits sont établis, de rechercher s'ils pouvaient légalement motiver l'application de sanctions prévues par les dispositions précitées. » Or, le Conseil d'Etat constate qu'en l'espèce on ne relève que des faits inexacts ou incertains. Il annule donc la mesure prise.

Ce considérant est particulièrement révélateur de l'état d'esprit du juge de l'excès de pouvoir. Saisi d'un recours contre une mesure disciplinaire, il vérifie si ledit fait, pris en lui-même et indépendamment de l'ambiance générale dans laquelle il a été commis, était susceptible de constituer une faute disciplinaire de nature à provoquer une sanction. Il examine uniquement, selon

(65) C.E. 23 janvier 1920, Kadroui Mahommed Ben Ali, Rec. Lebon, p. 61.

(66) Voir notamment L. GOLDENBERG, « Le Conseil d'Etat juge de fait », Thèse Paris, 1932, p. 178 et suivantes.

(67) Rec. Lebon, p. 15, concl. Corneille à la R.D.P. 1917, p. 442.

l'expression de M. Goldenberg (68), si un rapport de cause à effet entre l'événement survenu et la mesure prise était vraisemblable. Dans ses remarquables conclusions dans l'affaire Camino, le Commissaire du gouvernement Corneille précise, en ce domaine, la portée du contrôle juridictionnel.

« Si le Conseil d'Etat doit s'arrêter devant la valeur en fait des motifs relevés dans l'acte attaqué, il lui appartient d'une part de vérifier la matérialité des faits qui avaient motivé les mesures prises, et d'autre part, dans les cas où les faits seraient établis, de rechercher s'ils pouvaient, en droit, donner lieu à une mesure disciplinaire, c'est-à-dire s'ils constituaient une faute de mandat, ou une faute de tenue générale de nature telle qu'elle serait incompatible avec la continuation du mandat. »

— Cependant, l'arrêt Camino n'est pas sans susciter certaines réserves. L'importance, dans cette espèce, du contrôle juridictionnel, ne s'explique-t-elle pas tout naturellement par l'obligation incluse dans une loi de 1908 (69) de motiver la mesure prise ? L'arrêt Camino n'aurait-il donc qu'une portée restreinte ? L'examen de la jurisprudence postérieure à l'arrêt de 1916 dissipe, à cet égard, tout malentendu. C'est ainsi que dès 1921 dans un arrêt Sei (70), le Conseil d'Etat procède à un contrôle poussé de l'exactitude matérielle du fait reproché et vérifie si le fait ainsi établi était de nature à justifier une sanction disciplinaire. Et il opère ce contrôle dans l'hypothèse où aucune obligation de motiver la mesure prise n'est mise à la charge du supérieur hiérarchique. De même dans un arrêt du 27 janvier 1926, Nguyen-Hon-Chanh (71), le Conseil d'Etat procède à un contrôle identique. « Considérant qu'il résulte de l'instruction que le sieur N... s'est rendu coupable de manquements à la discipline et d'incorrection grave à l'égard d'un de ses supérieurs; que ces faits étaient de nature à entraîner l'application de sanctions disciplinaires... » Ainsi, la jurisprudence témoigne-t-elle dans son ensemble d'un contrôle serré effectué par le juge de l'excès de pouvoir sur la qualification juridique du fait (72).

Toutefois, dans cette première étape, le Conseil d'Etat ne va pas au-delà du simple contrôle de la qualification *in abstracto*. « Il

(68) *Op. cit.*, p. 188.

(69) Au terme de la loi du 8 juillet 1908 « les arrêtés de suspension et les décrets de révocation doivent être motivés ».

(70) C.E. 21 janvier 1921, Rec. Lebon, p. 75.

(71) Rec. Lebon, p. 82.

(72) C.E. 24 juin 1931, Cetol, Rec. Lebon, p. 676 ; 12 novembre 1931, Saal, Rec. Lebon, p. 972 ; 23 novembre 1932, Delle Doan-thi-Dan, Rec. Lebon, p. 980 ; 16 octobre 1935, S. Uck, Rec. Lebon, p. 929 ; 16 novembre 1939, Ville de St-Denis, Rec. Lebon, p. 561 ; 21 décembre 1932, Montariol, Rec. Lebon, p. 1105.

ne recherche pas le bien fondé de la mesure prise, mais la possibilité de ce bien fondé : il se borne à constater que l'administration puise, dans la nature du fait invoqué, un argument sérieux en faveur de sa thèse, que sa solution est du nombre de celles auxquelles pouvait s'arrêter un administrateur convenable. » (73). Significative de cet état d'esprit est la formule de l'arrêt Parouque du 18 février 1947 (74).

« Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil de préfecture de Limoges d'examiner l'opportunité de la mesure, ni le bien fondé des motifs, sauf dans le cas où l'inexistence flagrante des faits allégués laisserait sans aucune base l'acte attaqué, ou si les motifs invoqués n'étaient pas eux-mêmes de nature à provoquer une mesure disciplinaire; que les faits relevés par l'instruction contre le sieur Parouque sont manifestement de ceux qui rendaient impossible son maintien dans l'administration... »

Dans cette première étape, la vérification du rapport faits-faute n'est donc pas totale. Le juge de l'excès de pouvoir ne se reconnaît pas le droit d'examiner si tel fait, pris dans son contexte et eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, était de nature à présenter un caractère fautif susceptible d'engendrer une sanction.

L'imperfection de ce contrôle laisse donc subsister au profit du supérieur hiérarchique une marge encore assez considérable de liberté. Dans une deuxième étape, cette marge sera réduite. Le Conseil d'Etat va, en effet, faire porter son contrôle sur l'appréciation des faits.

2. — *Le contrôle de la qualification « in concreto ».*

Dans cette deuxième phase de la vérification du rapport faits-faute, le Conseil d'Etat va procéder à un examen détaillé des faits de nature à constituer une faute disciplinaire. L'apparition de cette nouvelle méthode d'investigation date, semble-t-il, d'un arrêt Vrecord du 5 novembre 1952 (75). Au cas d'espèce, le Conseil d'Etat était saisi d'un recours intenté par un directeur d'école qui s'était vu infliger la peine de la réprimande pour avoir refusé de participer aux cérémonies officielles de commémoration du 11 Novembre.

La haute juridiction relève : « que le requérant n'établit pas l'existence de circonstances qui auraient été de nature à enlever à son abstention le caractère fautif qu'elle a présenté ».

(73) GOLDENBERG, *op. cit.*, p. 188.
(74) Conseil de Préfecture Limoges, D. 1947.184 ; voir aussi 22 décembre 1932, Guglielmi, Rec. Lebon, p. 1121.
(75) Rec. Lebon, p. 487.

Plus significative encore est la formule de l'important arrêt d'assemblée Tessier (76), rendu conformément aux conclusions du Commissaire du gouvernement Donnedieu de Vabres.

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que la mesure prise à l'encontre du sieur Tessier a été motivée par l'attitude de ce fonctionnaire après la réception par le ministre de l'Education nationale, d'une lettre ouverte, diffusée dans la presse, par laquelle « l'Union française universitaire », dont le requérant est président d'honneur, se livrait à des attaques violentes et injurieuses contre le gouvernement français; que si le sieur T... n'a pas participé à l'élaboration de ladite résolution et ne l'a pas signée, son nom figurait sur la lettre parmi ceux des présidents d'honneur de l'Union française universitaire; que le requérant auquel le ministre de l'Education nationale avait demandé des explications, a refusé de désavouer les termes de la lettre dont s'agit; qu'il doit ainsi être regardé comme s'étant solidarisé avec les signataires de la résolution; que le grief tiré par le gouvernement de l'attitude adoptée, dans les circonstances sus-indiquées, par le directeur du Centre national de la recherche scientifique a pu être légalement retenu à la charge de ce fonctionnaire; que, dès lors, le sieur T... n'est fondé ni à soutenir que le décret attaqué manque de base légale, ni à alléguer que ledit acte est entaché de détournement de pouvoir. »

La portée de cette décision peut-elle être contestée ?

D'aucuns pourraient objecter que la vérification détaillée du caractère fautif des faits reprochés au sieur Tessier s'explique naturellement par l'importance de l'emploi occupé par le requérant. S'agissant, en effet, de fonctions laissées à la discrétion du gouvernement, le ministre aurait pu relever le requérant de son emploi pour une simple raison de convenance politique. Le fait qu'il se soit placé sur le terrain de la faute disciplinaire pouvait conduire à une exagération des faits relevés à l'encontre du sieur Tessier. Dès lors, pour couper court à tout arbitraire, il était légitime que la juridiction administrative procédât à une vérification détaillée des faits.

De telles objections ne résistent pas à un examen attentif de la jurisprudence. En effet, dans l'arrêt Vrecord, le Conseil d'Etat a procédé à un examen extrêmement fouillé du caractère fautif du fait reproché, alors qu'il s'agissait d'une mesure disciplinaire prise à l'encontre d'un directeur d'école et qu'en outre la peine infligée (la réprimande) était infiniment plus légère que celle dont le

(76) Ass. 13 mars 1953, Rec. Lebon, p. 133, concl. Donnedieu de Vabres au D. 1953, pp. 735-738.

sieur Tessier fit l'objet. De même dans un arrêt Addad Abdelkader du 5 février 1954 (77), le Conseil d'Etat relève :

« Qu'il résulte des observations présentées par le garde des Sceaux sur le rapport duquel a été pris le décret attaqué, que la sanction prononcée à l'encontre du sieur « A » est motivée par le fait que le requérant, alors Bachadel faisant fonction de Cadi..., a pris la parole aux obsèques d'une personne détenue sous l'inculpation d'atteinte à la souveraineté française, alors qu'aucune circonstance particulière ne l'y invitait... »

On constate donc que le Conseil d'Etat, loin d'isoler le fait, le replace dans son contexte. Il vérifie soigneusement s'il n'existe pas des circonstances de nature à enlever au fait reproché tout caractère fautif.

Enfin, et pour parachever son contrôle sur le rapport faits-faute, le Conseil d'Etat se prononce, dans certaines hypothèses, sur la gravité de la faute. La rédaction de l'arrêt Ville d'Armentières (78) est révélatrice de ce contrôle.

« Considérant qu'il résulte des pièces versées au dossier que le sieur G. s'est livré, par la voie d'articles de journaux, à de violentes attaques contre le maire d'Armentières, qu'il a ainsi manqué très gravement à la réserve que lui imposait sa fonction de secrétaire général de mairie, que, dans ces conditions, le maire, qui n'était pas lié par l'avis du Conseil de discipline, a pu légalement le révoquer de ladite fonction et n'a commis aucun détournement de pouvoir... »

Il semble donc que peu à peu le Conseil d'Etat en « arrive à suppléer au silence du législateur en dressant à l'occasion de chaque espèce une sorte de catalogue des faits dont l'existence peut constituer une faute et des fautes dont l'existence peut justifier une sanction » (79).

Il est même possible que dans un proche avenir la haute juridiction administrative soit amenée à établir un inventaire des faits susceptibles de constituer une faute compte tenu de l'importance de la fonction occupée par l'agent public. Elle décidera notamment que tel fait est constitutif d'une faute eu égard à telle catégorie de fonctionnaires alors qu'il ne l'est pas en fonction de telle autre catégorie.

(77) Rec. Lebon, p. 78.

(78) C.E. 11 juillet 1939, p. 468 voir aussi 10 février 1936, ville de St-Maurice c. Sieur Wynanis, p. 76 ; 30 mars 1942, Commune de Jonnays-Charente, Rec. Lebon, p. 98, 14 novembre 1945, sieur Richard, Rec. Lebon, p. 234.

(79) M. Dubisson, « La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir », Thèse Paris, L.G.D.J. 1958, p. 156.

Mais quels que soient les progrès effectués en ce domaine, la censure juridictionnelle ne portera jamais que sur le rapport faits-faute.

Le dernier volet du triptyque, le rapport faute-sanction échappe en effet, totalement au contrôle du juge de l'excès de pouvoir.

B. — L'absence d'un controle sur le rapport faute-sanction.

Le juge de l'excès de pouvoir ne se reconnaît jamais le droit d'effectuer un contrôle sur la proportion établie par le supérieur hiérarchique entre le caractère grave ou bénin de la faute et le caractère rigoureux ou léger de la sanction.

Ainsi, dès 1935, dans un arrêt Rouby (80), sur les moyens tirés de ce que le sieur R... ne se serait pas rendu coupable des faits reprochés et de ce que la décision prise par le maire, malgré l'avis du Conseil de discipline, serait d'une excessive sévérité, le Conseil d'Etat relève :

« que le sieur R... n'établit pas que le Conseil de discipline et le maire aient tenu compte des faits matériellement inexacts; que, d'autre part, l'appréciation de ces faits et l'opportunité de la sanction ne sauraient être discutées par la voie du recours pour excès de pouvoir... »

A cet égard, la formule de l'arrêt Bensmaïn du 16 juillet 1947 (81) est particulièrement nette : « Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat statuant au contentieux d'apprécier si l'importance de la sanction prise par l'autorité administrative est en rapport avec les faits qui l'ont provoquée. »

De même, la formule de l'arrêt Dame Veuve Monlue du 11 juillet 1952 (82) : « Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat statuant au contentieux d'apprécier si l'importance de la sanction infligée par l'autorité administrative est proportionnée à la gravité des faits qui l'ont provoquée. »

Le juge de l'excès de pouvoir ne se reconnaît même pas le droit de porter un jugement sur la rigueur de la sanction prononcée, ainsi qu'en témoigne la formule de l'arrêt Maure du 8 novembre 1961 (83) : « qu'il n'appartient pas au juge de l'excès de pouvoir d'apprécier la gravité de la sanction prononcée... »

(80) 22 novembre 1935, Rec. Lebon, p. 1083 ; voir aussi 17 février 1932, Bérard, Rec. Lebon, p. 191.
(81) Rec. Lebon, p. 319.
(82) Rec. Lebon, p. 378.
(83) A.J.D.A. 1962.II.127 ; voir aussi 29 octobre 1948, Maussac, p. 397.

L'absence de tout contrôle portant sur la proportion entre la faute et la sanction laisse donc subsister, au profit du supérieur hiérarchique, une marge assez considérable de liberté. On voit donc, que s'il existe une certaine tendance, la « juridictionnalisation » est loin d'être complète. Le supérieur hiérarchique dispose toujours en matière de répression disciplinaire d'un pouvoir discrétionnaire. Ce pouvoir discrétionnaire se traduit, au plan contentieux, par l'absence d'un contrôle entre l'objet de l'acte et ses motifs, c'est-à-dire entre la proportion librement établie par le supérieur hiérarchique entre la faute et la sanction (84).

Or, les survivances d'une telle liberté nous semblent pouvoir facilement être expliquées si l'on veut bien reconnaître l'importance, en ce domaine, de la situation du destinataire de l'acte. L'agent public est, en effet, quel que soit le développement des garanties légales apportées par le statut, dans une position subordonnée par rapport aux intérêts du service. Sans doute la reconnaissance du principe démocratique dans le statut de 1946 est venue tempérer ce que pouvait avoir d'excessif le principe hiérarchique tel qu'il était compris et appliqué auparavant.

Mais il n'en demeure pas moins que l'agent public reste toujours assujetti aux volontés légitimes de la puissance publique. C'est d'ailleurs cette soumission aux intérêts du service public qui caractérise, pour partie, la position de l'agent public. Ce dernier ne dispose pas d'un intérêt suffisamment légitime pour faire échec aux volontés du supérieur hiérarchique. Ses convenances personnelles s'effacent devant l'intérêt supérieur du service.

Dès lors, et compte tenu de cette situation subordonnée, il n'est pas étonnant que la censure juridictionnelle s'arrête à un certain seuil. Ce seuil est constitué par la liberté dont est investi le supérieur hiérarchique de proportionner la sanction qu'il décerne aux fautes qui lui ont servi de support.

C'est donc en dernière analyse, la position spécifique de l'agent public qui rend compte, en matière de répression disciplinaire, des faiblesses du contrôle juridictionnel.

(84) Le pouvoir discrétionnaire joue même dans l'hypothèse où la sanction est manifestement disproportionnée aux fautes commises. L'autorité investie du pouvoir disciplinaire est, en théorie du moins, parfaitement libre de prononcer la sanction la plus grave pour la faute la plus bénigne et le Conseil d'Etat ne se reconnaîtrait probablement pas le droit d'apprécier la gravité de la sanction eu égard aux faits reprochés. Cependant une telle hypothèse est en pratique fort rare, l'intervention des conseils de discipline permet, en effet, de garantir les fonctionnaires contre les éventuels abus de l'autorité investie du pouvoir disciplinaire.

L'influence de la situation de l'agent public sur les variations dans l'étendue de la censure juridictionnelle se retrouve en dernier lieu dans le contentieux spécial de l'épuration administrative.

Section 3

LE CONTROLE JURIDICTIONNEL DU POUVOIR D'EPURATION (85)

L'épuration administrative fut organisée en France par une loi du 17 juillet 1940, puis par une ordonnance du 27 juin 1944. « Bien que l'épuration se traduise dans le domaine administratif par des peines disciplinaires, elle ne sanctionne ni des fautes de service, ni une manière de servir, ni un comportement général professionnel. Cela tient à ce que l'épuration n'a aucun caractère disciplinaire au sens traditionnel de ce terme; le législateur a uniquement voulu atteindre une attitude, des actes, des écrits nuisibles aux intérêts du pays et dont les auteurs, coupables d'avoir failli à leur devoir de Français ou à la dignité que leur imposaient les circonstances, doivent être éliminés du service public. » (86).

Sous le régime de Vichy, puis à la Libération, les mesures prises au titre de l'épuration administrative allaient donner lieu à un contentieux abondant. Se refusant à admettre, en ce domaine, la théorie des actes de gouvernement, la haute juridiction administrative avait en effet reconnu très tôt (87) la recevabilité du pourvoi formé contre de telles mesures. Dès lors, il importait de savoir jusqu'où le Conseil d'Etat pouvait faire descendre son contrôle. Devait-il se borner à une simple vérification de la légalité formelle ? Ou, à l'inverse, devait-il faire preuve de plus de hardiesse et exercer un contrôle extrêmement poussé de la légalité matérielle ? De sérieux arguments militaient en faveur de la seconde solution. En effet, eu égard aux circonstances troublées de l'époque, les risques d'arbitraire étaient importants. On pouvait légitimement craindre que l'exercice de ce pouvoir conduisit inévitablement à l'assouvissement de vengeances personnelles. En face de ces dangers, ne fallait-il pas, plus que jamais, que la haute juridiction administrative restât fidèle à sa mission de gardienne des libertés essentielles ?

(85) Voir sur ce point Venezia, *op. cit.*, p. 73 et suiv.

(86) Concl. Odent sous C.E. 26 octobre 1945, Champion, Aramu, Belloir, Mattei, Tabti, au S. 1946.III.1.

(87) C.E. 9 janvier 1942, Bruchon, Rec. Lebon, p. 13 ; 29 mai 1942, Chasteney de Gery, Rec. Lebon, p. 177.

Mais d'un autre côté, les armes dont elle disposait pour exercer sa censure étaient singulièrement émoussées. En effet, la présence de textes d'habilitation à caractère discrétionnaire, était de nature à réduire le contrôle au minimum.

Toutefois, cette seconde considération n'a pas prévalu sur la première. Mis en présence de mesures disciplinaires prises au titre de l'épuration administrative, le Conseil d'Etat s'est livré à un contrôle assez poussé.

Fidèle à la méthode d'exposition précédemment dégagée, il importe maintenant de fixer les contours de ce contrôle. Cette recherche présente, en la matière, une singulière importance. En effet, l'étude du contentieux relatif à l'épuration administrative rend compte de l'étendue des investigations auxquelles a procédé le juge de l'excès de pouvoir. L'importance de ce contrôle ne va-t-il pas dès lors, à l'encontre de notre thèse. Est-ce vraiment la position subordonnée du destinataire qui commande les faiblesses de la censure juridictionnelle ? Ou ces dernières s'inspirent-elles de considérations étrangères à la qualité du destinataire, en l'occurrence de l'agent public ?

A ces questions fondamentales, il importe de donner une réponse fondée sur un examen attentif de la jurisprudence. Reprenant, à cet égard, la méthode utilisée en matière de répression disciplinaire, nous allons dégager successivement les deux phases par lesquelles se manifeste le contrôle du juge de l'excès de pouvoir.

A ce titre, nous constaterons que, dans une première étape, le Conseil d'Etat procède à une vérification du rapport faits-faute dans son intégralité, c'est-à-dire autant sur le plan de la qualification *in abstracto* que sur celui de la qualification *in concreto*.

Mais, comme en matière disciplinaire, le juge de l'excès de pouvoir ne se livre pas à un examen du rapport faute-sanction. La proportionnalité établie entre la sanction et la faute est laissée à l'appréciation du supérieur hiérarchique. Ce dernier dispose donc toujours d'une certaine marge de liberté, qui est la traduction, au plan contentieux, de l'absence d'un contrôle entre l'objet de l'acte et ses motifs.

La présence d'un contrôle portant sur le rapport faits-faute, l'absence corrélative d'un contrôle sur la proportionnalité de la sanction à la faute, feront l'objet de deux paragraphes successifs.

§ 1. — Le contrôle du rapport Faits-Faute.

Le contentieux relatif à l'épuration administrative témoigne d'une évolution dans l'étendue de la censure effectuée par le juge de

l'excès de pouvoir. Au premier stade de cette évolution, le Conseil d'Etat effectue un contrôle de la qualification *in abstracto*. Il vérifie si les faits pris en eux-mêmes et isolés de tout contexte étaient de nature à constituer une faute susceptible de provoquer l'application de la loi.

Au dernier stade de l'évolution correspondant à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 24 juin 1944, le juge administratif procède à un examen attentif des faits ayant donné lieu à une mesure prise au titre de l'épuration administrative (88).

A. — Le contrôle de la qualification « in abstracto ».

Le Conseil d'Etat effectue cette première vérification sous l'empire de la loi du 17 juillet 1940. Le fait est caractéristique. En effet, la loi du 17 juillet 1940 disposait dans son article premier, que : « les fonctionnaires et agents civils ou militaires de l'Etat peuvent être relevés de leurs fonctions, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire, par décret, sur le seul rapport du ministre compétent et sans autre formalité ».

« On pouvait à bon droit, observe M. Morange, douter de l'efficacité pratique d'un moyen tiré du détournement de pouvoir en présence d'un texte aussi large et il était légitime de penser que ce moyen d'annulation ne serait appelé à jouer que dans les hypothèses tout à fait exceptionnelles où le requérant serait à même de prouver que la mesure avait été prise dans un sentiment de vengeance personnelle par exemple. » (89).

Cependant, la présence, à la source de la compétence de l'autorité administrative, d'un texte d'habilitation discrétionnaire n'allait pas pour autant entraver la censure effectuée par le juge de l'excès de pouvoir. Ce dernier commence par dégager le but de la loi du 17 juillet 1940. Il le trouve dans l'exposé des motifs de la loi de prorogation du 29 mars 1941. Le nouveau gouvernement qui s'installait en France entendait « renouveler les cadres des administrations publiques en écartant les éléments qui, en raison, soit de leur origine, soit de leur activité antérieure, se montraient inca-

(88) Il faut se garder de confondre l'épuration intervenue sous l'empire du gouvernement de Vichy et celle effectuée à la Libération. La première comme la seconde présente un caractère politique indéniable. Mais alors que la loi du 17 juillet 1940 est un texte d'habilitation discrétionnaire, l'ordonnance du 27 juin 1944 contient des précisions sur les faits constitutifs d'une faute pouvant motiver l'application d'une sanction. En conséquence, le Conseil d'Etat exerce un contrôle plus approfondi sur l'épuration effectuée à la Libération que sur celle du gouvernement de Vichy.

(89) Note sous arrêts Piron, Soulier, Chapelle, Duplat, au D.C. 1944, p. 99.

pables de collaborer sincèrement et efficacement à l'œuvre de rénovation nationale ».

Le but de la loi étant précisé, le Conseil d'Etat va effectuer un contrôle de la qualification *in abstracto*. Il va vérifier si le motif allégué est de ceux qui peuvent légalement justifier la décision. Ainsi dans l'arrêt du 29 mai 1942, Chasteney de Géry (90), « Considérant qu'aux termes de la loi du 17 juillet 1940, les magistrats et les fonctionnaires et agents civils ou militaires de l'Etat pourront être relevés de leurs fonctions nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire », que ce texte n'oblige pas l'autorité qui prononce le retrait des fonctions à motiver sa décision et lui laisse un plein pouvoir d'appréciation sur l'opportunité de la mesure : « Considérant que le motif tiré de l'attitude du requérant lors de la dissidence des territoires placés sous son autorité était au nombre de ceux qui pouvaient légalement entraîner l'application de la loi du 17 juillet 1940; considérant que le sieur Chasteney de Géry n'établit pas que le décret du 5 février 1941 le relevant de ses fonctions de gouverneur des Etablissements français de l'Océanie et le décret du 12 mai 1941 l'admettant à la retraite à la suite de cette mesure conformément au décret du 18 septembre 1940 reposent sur des faits matériellement inexacts et sont entachés de détournement de pouvoir.

De même la formule de l'arrêt Bérard du 9 novembre 1945 (91) : « Considérant que cette mesure a été prise en raison du comportement général du sieur B... et que celui-ci n'est pas fondé à soutenir que le ministre des Travaux publics a excédé les pouvoirs qu'il tenait de la loi alors en vigueur du 17 juillet 1940... »

A l'inverse, le Conseil d'Etat procèdera à l'annulation de la mesure prise au titre de l'épuration s'il s'avère que les motifs allégués ne sont pas de la nature de ceux prévus par la loi du 17 juillet 1940. Ainsi une faute disciplinaire ne saurait justifier légalement une sanction au titre de l'épuration (92). « Considérant que la loi du 17 juillet 1940, qui autorise le gouvernement à relever de leurs fonctions les agents de l'Etat, n'a pas pour objet de substituer les mesures qu'elle prévoit aux sanctions disciplinaires dont seraient passibles les fonctionnaires; que si elle ne s'oppose pas à ce que les autorités chargées de son application tiennent compte des fautes commises par ces agents pour apprécier si leur comportement général

(90) Rec. Lebon, p. 177.

(91) Rec. Lebon, p. 226.

(92) Sect. 4 février 1944, Duplat, Rec. Lebon, p. 46, voir aussi 6 mars 1947, sieur Klein, Rec. Lebon, p. 72 ; 23 juillet 1943, Ass. Chapelle, Rec. Lebon, p. 201 ; 24 juillet 1942, Ass. Piron, conclusions Ségalat, note A. Mestre au S. 1943.III.1.

rend leur maintien incompatible avec les exigences de l'intérêt public, il résulte tant des observations du secrétaire d'Etat à la guerre sur le pourvoi que de toutes les pièces du dossier que le sieur D... a été relevé de ses fonctions de sous-agent militaire pour l'unique motif qu'il n'avait pas exécuté l'ordre qui lui avait été donné, le 19 juillet 1940, de quitter Bordeaux pour rejoindre son dépôt en zone non occupée; que le secrétaire d'Etat à la guerre ne s'est livré à aucune appréciation du comportement général de ce fonctionnaire et s'est borné à envisager un fait, qui, pris isolément comme il l'a été en l'espèce, était seulement de nature à entraîner une poursuite disciplinaire... ».

On constate donc, que le Conseil d'Etat procède à un examen de la valeur en droit du motif. Significatif est le fait que cette censure est effectuée sans le secours d'aucun texte. Le laconisme de la loi du 17 juillet 1940 n'est pas, à cet égard, de nature à faciliter la tâche du juge de l'excès de pouvoir. La jurisprudence du Conseil d'Etat infirme donc nettement la thèse qui fait découler le caractère discrétionnaire d'un pouvoir de la présence, à la source de ce dernier, d'une loi qui ne précise pas les motifs de la décision administrative.

Toutefois, à ce premier stade, il importe de souligner les faiblesses du contrôle juridictionnel. La censure du juge de l'excès de pouvoir ne déborde, en effet, jamais l'examen de la valeur en droit du motif allégué. Saisi d'un recours contre une mesure prise au titre de l'épuration administrative, le Conseil d'Etat vérifie si le motif attaqué était relatif au comportement général de l'intéressé, et « il admet par la même, la légalité du relèvement de fonctions sans s'attacher à rechercher, si dans les circonstances particulières de l'espèce, les faits étaient de nature à justifier la décision attaquée » (93).

Il fallut attendre la Libération pour que le Conseil d'Etat fasse descendre son contrôle sur l'appréciation des faits.

B. — Le controle de la qualification in concreto.

L'ordonnance du 27 juin 1944 prévoyait que des sanctions allant du blâme à la révocation sans pension pourraient être infligées aux fonctionnaires qui, depuis le 16 juin 1940 et jusqu'à la Libération, avaient favorisé les entreprises de toute nature de l'ennemi, contrarié l'effort de guerre de la France et de ses alliés, porté atteinte aux institutions constitutionnelles ou sciemment tiré ou ten-

(93) Venezia, *op. cit.*, p. 75.

té de tirer un bénéfice matériel direct des règlements de l'autorité de fait contraire aux lois en vigueur le 16 juin 1940.

Ce texte diffère de celui de 1940. Il prévoit en effet d'une part, une catégorie de sanctions, d'autre part un certain nombre de faits qui, sans être énumérés d'une manière précise, n'en constituent pas moins une base de départ favorable pour le juge de l'excès de pouvoir. Ce dernier allait dès lors pouvoir opérer un contrôle sur l'appréciation des faits de nature à justifier une mesure de relèvement de fonctions. A cet égard, il est permis de penser que les conclusions du Commissaire du Gouvernement Odent sous l'arrêt Aramu du 26 octobre 1945 (94) n'ont pas été sans influencer l'attitude du juge de l'excès de pouvoir. Le Commissaire du Gouvernement Odent, invitait, en effet, le Conseil d'Etat à opérer le même contrôle qu'en matière disciplinaire.

« Il faut, croyons nous, poser en principe qu'appelé à statuer sur des pourvois formés contre des décisions infligeant des sanctions administratives à des fonctionnaires, vous devez vous en tenir aux règles qu'à dégagées votre jurisprudence en matière de sanctions disciplinaires. Les matières sont si voisines que, sauf texte contraire, une simple transposition permet de déterminer les pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir... »

Toutefois, bien qu'il existe indéniablement une certaine similitude, la ressemblance entre les deux contentieux n'est pas totale. La différence se situe au niveau de l'ordonnance du 27 juin 1944. L'énumération qu'elle comporte des faits de nature à justifier une mesure de relèvement de fonctions permet, en effet, un contrôle de l'appréciation des faits plus poussé qu'en matière disciplinaire.

Ainsi, le Conseil d'Etat tient-il compte de toutes les circonstances de l'espèce. Il n'isole pas le fait. Il le remplace dans son contexte même. « Dans les circonstances où ils sont intervenus et alors qu'aucun grief n'a été articulé contre l'intéressé au sujet de son attitude pendant l'occupation, le fait, par un magistrat d'avoir assisté, sans qu'aucun acte de propagande ait été relevé contre lui, à l'inauguration de la permanence du groupement anti-national dit « Légion des Volontaires français contre le bolchevisme » et le fait d'avoir adhéré en 1941 à un groupement anti-national alors qu'il est constant qu'il a donné sa démission au bout de quelques jours et n'a exercé aucune activité au sein de cet organisme, ne permettent pas de regarder ledit intéressé comme ayant accompli des actes de

(94) S. 1946.III.1.

nature à le rendre passible des sanctions édictées par l'ordonnance du 27 juin 1944 » (95).

De même le Conseil d'Etat vérifie soigneusement le contexte dans lequel ont été prononcés certaines paroles, certains propos, considérés par l'administration comme « ayant favorisé les entreprises de toute nature de l'ennemi ». Ainsi dans un arrêt Germain du 27 juillet 1949 (96), on relève ce considérant : « même en tenant pour établi le fait qu'un fonctionnaire ait tenu certains propos regrettables, ces propos isolés et d'ailleurs imprécis ne permettaient pas, en l'espèce, d'affirmer que ce fonctionnaire a, comme le porte l'avis de la commission d'épuration, « manifesté une attitude favorable à l'occupant et nettement anti-française » et il y a lieu d'annuler la sanction prononcée contre l'intéressé ».

Pour établir sa conviction, le Conseil d'Etat s'appuie sur un certain nombre de considérations. Notamment il établit une « compensation entre ce qui peut être reproché au requérant et ce qui peut être mis à son actif » (97). De même, il tient compte des cas de force majeure ou du fait qu'un subordonné a obéi à un ordre auquel il ne pouvait se soustraire. Ainsi on relève, dans un arrêt Masselin du 15 juillet 1949 (98), la formule suivante : « l'arrestation de deux aviateurs américains par les autorités allemandes reprochée au sieur M... avait été rendue inévitable par les initiatives du préfet et le requérant n'y a été mêlé que par les injonctions de ce dernier ».

Au terme de cette énumération jurisprudentielle, on pourrait légitimement penser que « le transfert intégral de la liberté d'appréciation de l'administrateur au juge est alors consommé » (99). Le Conseil d'Etat procède, en effet, à des investigations extrêmement poussées sur les faits de nature à justifier une sanction au titre de l'épuration. Dès lors, on peut s'interroger sur le bien-fondé d'une thèse expliquant les faiblesses du contrôle juridictionnel en fonction de la position spécifique des destinataires de l'acte. Cependant, il ne nous semble pas que cette thèse puisse être infirmée par l'importance, dans le contentieux de l'épuration, de la censure effectuée par le juge de l'excès de pouvoir. En effet, outre que cette importance se justifie en la matière par des considérations particu-

(95) C.E. 24 mars 1950, Combes, Rec. Lebon, p. 765 ; voir aussi Ass. 26 mai 1950, Chasserat, Rec. Lebon, p. 320.

(96) Rec. Lebon, p. 715 ; voir aussi 19 avril 1950, Barbier, Rec. Lebon, p. 218 ; 7 novembre 1951, Grund, Rec. Lebon, p. 516.

(97) C.E. 14 avril 1951, Canac, Rec. Lebon, p. 731.

(98) Rec. Lebon, p. 353 ; voir aussi 12 janvier 1951, sieur Noual, Rec. Lebon, p. 730.

(99) Venezia, *op. cit.*, p. 80.

lières tirées du contexte politique de l'époque et par l'énumération dans l'ordonnance du 27 juin 1944 d'un certain nombre de faits susceptibles de donner lieu à des sanctions (ce qui n'existe pas dans le domaine de la répression disciplinaire), il subsiste toujours un secteur qui échappe au contrôle du juge administratif.

Ce dernier ne vérifie jamais la proportionnalité établie par le supérieur hiérarchique entre la sanction et la faute. Cette absence de contrôle, il importe de la vérifier afin de pouvoir dégager, en cette matière, le bien-fondé de notre thèse.

Tel sera l'objet d'un dernier paragraphe.

§ 2. — L'absence d'un contrôle de la proportionnalité de la sanction à la faute.

Comme en matière disciplinaire, le supérieur hiérarchique a toute liberté pour adapter à une faute déterminée la sanction qui lui semble appropriée. Le juge administratif n'est en aucun cas habilité à contrôler cette adéquation. L'arrêt Diehl du 13 mai 1949 (100) est significatif de cet état d'esprit. Au cas d'espèce, le requérant avait été révoqué de ses fonctions pour avoir appartenu au parti national-socialiste et y avoir déployé une certaine activité. Statuant sur un tel recours et après avoir procédé à un contrôle de la qualification *in abstracto* et de la qualification *in concreto*, le Conseil d'Etat relève « que l'appréciation de la gravité de la sanction infligée au requérant, eu égard aux faits qui lui sont reprochés ne peut être discutée par la voie du recours pour excès de pouvoir ».

De même dans l'arrêt Belloir du 26 octobre 1945 (101) sur les moyens relatifs à la matérialité, la nature et la gravité des faits reprochés au sieur Bellor : « Considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction que les faits retenus à la charge du requérant soient matériellement inexacts que, d'autre part, ces faits étaient de la nature de ceux qui peuvent légalement motiver, en vertu de l'article 3 de l'ordonnance du 6 décembre 1945, l'une des sanctions prévues à cet article; qu'enfin il n'appartient pas au Conseil d'Etat de se prononcer sur l'opportunité de ces sanctions. »

(100) Rec. Lebon, p. 218.

(101) 26 octobre 1945, Rec. Lebon, p. 214 ; voir aussi Ass. 6 janvier 1950, Husson, Rec. Lebon, p. 6.

CONCLUSION

On constate donc, en définitive, que la censure exercée par le juge de l'excès de pouvoir n'est pas totale. Il subsiste toujours, dans l'exercice du pouvoir d'épuration, une certaine liberté au profit du supérieur hiérarchique. Cette liberté consiste dans le privilège d'adapter à une faute déterminée la sanction qui semble opportune. Le supérieur hiérarchique se voit donc reconnaître un certain pouvoir discrétionnaire dans la répression qu'il exerce sur ses subordonnés. Ce pouvoir discrétionnaire s'explique, au plan contentieux, non seulement par les nécessités inhérentes à la bonne marche des services publics mais surtout par le rapport d'infériorité existant entre les intérêts des agents et l'intérêt public.

L'agent public ne dispose, en effet, d'aucun droit à encourir telle sanction plutôt que telle autre. De plus, il est permis de penser que le comportement fautif de l'agent est de nature, en la matière à supprimer à son profit toute espèce de garantie. Dès lors, si le Conseil d'Etat se livre, en ce domaine, à un contrôle beaucoup plus poussé que celui qu'il exerce en matière disciplinaire, c'est essentiellement pour parer aux risques d'arbitraire qu'engendraient naturellement les circonstances troublées de l'époque. Dégagé de tout contexte politique, le contrôle de l'épuration administrative se serait sans doute aligné sur celui des mesures disciplinaires.

En définitive, il semble bien que ce soit l'absence d'un droit suffisamment légitime de l'agent public qui explique, dans le domaine de l'épuration administrative la survivance d'un certain pouvoir discrétionnaire au profit du supérieur hiérarchique (102).

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Au terme de cette étude consacrée à l'exercice des compétences à l'égard des agents publics il est permis de dégager certaines con-

(102) Il est à noter que même dans l'hypothèse d'un contrôle plus poussé, notre thèse n'aurait pas été infirmée. En effet, dans l'épuration administrative, la sanction frappe plus l'homme, le citoyen, que l'agent public. Dès lors un contrôle venant supprimer partiellement la liberté du supérieur hiérarchique aurait été parfaitement admissible au regard d'une étude qui s'attache à démontrer l'influence de la situation juridique du destinataire de l'acte sur l'étendue du contrôle juridictionnel.

clusions. L'étude d'une partie du contentieux relatif à la fonction publique nous a en effet, révélé l'existence au profit du supérieur hiérarchique d'une « portion » de pouvoir discrétionnaire « se traduisant sur le plan du contrôle juridictionnel, par l'absence d'une vérification portant sur l'adéquation entre l'objet de l'acte et ses motifs. Cette liberté ou corrélativement cette uniformité dans la censure effectuée par le juge de l'excès de pouvoir, nous l'avons imputée à la position spécifique de l'agent public, destinataire par définition du pouvoir de direction et du pouvoir de répression du supérieur hiérarchique. A l'instar de M. Venezia, nous nous sommes refusés à voir dans le pouvoir discrétionnaire ou plutôt dans la plus ou moins grande liberté dont est investie l'autorité administrative, le résultat de l'indétermination de la réglementation juridique.

Cependant plutôt que de constater simplement la réalité objective d'un tel pouvoir (ce qui est indéniablement exact) nous avons tenté de fournir une explication appropriée à la liberté dont jouit l'autorité administrative dans la direction générale des fonctionnaires.

En nous référant constamment aux données jurisprudentielles, il nous est apparu que la mesure de ce pouvoir pouvait être trouvée dans la position subordonnée de l'agent public. Quel que soit, en effet, le développement des garanties accordées par le statut, l'agent public est, par définition, soumis aux volontés de la puissance publique. Placé dans une situation « légale et réglementaire » le fonctionnaire est incorporé à l'administration. Cette incorporation est synonyme de subordination, de soumission. Les convenances personnelles de l'agent public cèdent le pas devant l'intérêt supérieur du service.

Lors de l'entrée en service de l'agent, cette soumission est caractérisée par l'absence d'un droit absolu à concourir ou à être nommé. Au cours du déroulement de la carrière, elle se traduit, dans la plupart des cas, par l'absence d'un droit à l'avancement.

Il en est de même en matière disciplinaire ou dans le domaine plus spécial de l'épuration administrative. Si l'agent public peut légitimement prétendre à certaines garanties, il ne dispose par contre d'aucun droit à n'encourir qu'une sanction proportionnée à la gravité de la faute commise. De plus, son comportement fautif est de nature à expliquer, en l'espèce, les faiblesses du contrôle juridictionnel, faiblesses qui rendent compte de la liberté dont est investi le supérieur hiérarchique.

En définitive, le pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative trouve à la fois sa justification et son explication dans la

position subordonnée de l'agent public. Le point de vue du destinataire de l'acte nous semble donc, en dernière analyse, de nature à rendre compte des variations dans l'amplitude du contrôle juridictionnel et partant de la plus ou moins grande liberté dont dispose l'administration dans l'édiction des actes administratifs.

CHAPITRE III

L'exercice des compétences à l'égard des administrés.

Nous avons vu précédemment que la position spécifique du destinataire de la mesure administrative constitue le facteur déterminant des extensions ou des restrictions à la liberté de l'administration. Même en présence d'une loi d'habilitation discrétionnaire, le Conseil d'Etat étend ou restreint son contrôle suivant que la mesure attaquée vise un étranger ou un agent public. Il se produit en quelque sorte un dégradé dans l'intensité de la censure suivant l'une ou l'autre de ces deux catégories.

Il importe à présent d'examiner si le contrôle des mesures relatives aux administrés confirme l'importance que nous avons assignée au point de vue du destinataire de l'acte.

Mais une remarque préliminaire s'impose. Est-ce la qualité d'administré ou son statut particulier qui commande les variations dans l'amplitude du contrôle juridictionnel ? La liberté de l'administration est-elle restreinte du seul fait que la décision administrative vise un administré ? Ou au contraire le Conseil d'Etat intensifie-t-il son contrôle en fonction du statut juridique de l'administré ?

La réponse à ces questions découle de l'examen de la jurisprudence. Le juge de l'excès de pouvoir n'exerce un contrôle approfondi de la correspondance d'une mesure à ses motifs que dans les seules hypothèses où l'administré est investi d'un droit ou d'une liberté définis par la loi ou garantis par la Constitution.

A l'inverse, le Conseil d'Etat ne se livre qu'à un simple contrôle de la qualification juridique dans tous les cas où l'administré est dépourvu de titre juridique.

Dès lors si l'étendue du contrôle est uniquement fonction du statut juridique, on peut légitimement s'interroger sur le bien-fondé d'une catégorie englobant tous les administrés. Cette catégorie n'est pas uniforme. Elle comprend une masse indéfinie d'individus dont les activités répréhensibles ou néfastes ne peuvent pas donner naissance à des intérêts opposables à l'administration. Bref, le manque d'homogénéité de la notion d'administrés semble, à première vue, condamner toute étude centrée exclusivement sur cette catégorie.

L'objection est valable mais non déterminante. Il est certain que seul le statut juridique de l'administré détermine l'étendue du contrôle. La liberté de l'administration n'est restreinte par une censure de l'adéquation de l'objet de l'acte à ses motifs que dans les seules hypothèses où l'administré est pourvu d'un titre juridique suffisant. Mais il n'en reste pas moins que tout administré peut être investi d'un tel titre. La qualité d'administré fait présumer de l'existence de droits ou de libertés. Certes cette présomption n'est pas irréfragable. Elle souffre la preuve contraire. Il suffit en pratique que l'administré exerce une activité néfaste, qu'il ait un comportement fautif ou dangereux pour l'ordre public. Dans ces hypothèses, il ne dispose d'aucun droit à opposer à l'exercice du pouvoir de police. Mais si son comportement cesse d'être fautif ou nuisible, s'il ne se place pas lui-même en position d'infériorité, l'administré est susceptible de recouvrir d'un seul coup sa dignité juridique. Il faut bien voir, en effet, que l'administré diffère de l'agent public et de l'étranger. Ces différences se situent dans les faits. L'administré est un citoyen dont l'activité n'est pas, à première vue, susceptible de nuire à l'intérêt général. A cet égard, sa situation n'est pas identique à celle de l'étranger dont la seule qualité engendre la suspicion, la méfiance. De plus l'administré est théoriquement étranger au corps administratif. Il en résulte une indépendance et une liberté que ne peuvent avoir les agents publics qui sont de par leur fonction intégrés dans la hiérarchie et soumis au pouvoir disciplinaire.

Ces différences commandent une étude à part de la catégorie des administrés. Sans doute, au plan contentieux, le Conseil d'Etat n'exercera un contrôle approfondi que dans les seules hypothèses où l'administré est pourvu d'un statut juridique défini par la loi. Mais le dernier stade dans la censure juridictionnelle est propre aux administrés, non aux étrangers et agents publics.

Il importe donc d'essayer de classer les administrés selon l'importance de leur statut juridique puisqu'autant c'est ce dernier qui

conditionne l'intensité du contrôle juridictionnel. A cet égard, il semble possible de dégager trois sous catégories. Dans une première l'administré est dépourvu de tout titre juridique. Dans une seconde, il ne possède qu'un titre insuffisant. Enfin la troisième catégorie est celle où l'administré est investi d'un droit ou d'une liberté défini par la loi.

1. — L'absence de titre juridique.

Il est des hypothèses où l'administré est dépourvu de tout droit spécifique à faire valoir à l'encontre de la puissance publique. Ces hypothèses sont loin d'être exceptionnelles. Elles correspondent soit à un comportement, une activité, jugés dangereux pour l'ordre public, soit à une provocation, soit enfin à une demande tendant à obtenir le concours de l'administration. Dans ces trois cas, l'administré ne bénéficie que d'une simple tolérance. Il est soumis au bon plaisir de l'administration. Dès lors, le juge administratif chargé d'arbitrer le conflit entre l'intérêt général et les intérêts particuliers, effectue un contrôle minimum. La censure ne porte en aucun cas sur l'adaptation d'une mesure à ses motifs.

1) Ainsi en est-il dans une première hypothèse : celle où le comportement de l'administré, son genre d'activité sont néfastes à l'ordre public. Lorsque l'autorité publique se trouve en présence, non pas d'une liberté, mais d'une licence dangereuse pour l'ordre public, elle peut à son gré la réglementer, la restreindre ou la supprimer (1). L'administration dispose de ce fait d'une grande marge de liberté en matière de fermeture d'une maison de tolérance (2) ou d'interdiction du racolage (3). De la même façon, elle est libre de prendre les mesures qu'elle juge opportunes pour réglementer les activités dangereuses. C'est ainsi que le Conseil d'Etat effectue un contrôle limité sur les décisions visant à éloigner ou à interner les individus dangereux pour la défense nationale (4). Il en est de même en matière de fermeture d'établissements dangereux (5) ou de détention d'armes à feu (6). Dans toutes ces espèces le caractère

(1) Teitgen, « La police municipale », Thèse Nancy, p. 445 et s.

(2) C.E. 22 juillet 1931, Mansano, Rec. Lebon, p. 803 ; 30 septembre 1942, Baazizi, Rec. Lebon, p. 264 ; 20 janvier 1954, Guillemot, Rec. Lebon, p. 40.

(3) C.E. 11 avril 1913, Laugier, Rec. Lebon, p. 803.

(4) C.E. 27 décembre 1946, Pantzer, Rec. Lebon, p. 319 ; 27 février 1948, Frograin, Rec. Lebon, p. 97 ; en ce qui concerne les internements administratifs voir 27 février 1942, Ass. Monossohn, Rec. Lebon, p. 66.

(5) C.E. 29 décembre 1943, Sté française des carburants, Rec. Lebon, p. 307.

(6) C.E. 9 novembre 1931, Abd Elhadi Ahmed, Rec. p. 964 ; 15 janvier 1943, Merak Ghi Abdel Kafid ; 28 juillet 1952, Dumey, Rec. Lebon, p. 404.

limité de la censure juridictionnelle découle du comportement de l'administré. Le caractère dangereux de son activité, l'absence de titre juridique qui en est le corollaire conditionnent et expliquent les faiblesses du contrôle exercé par le juge de l'excès de pouvoir.

2) Les mêmes contestations peuvent être faites dans l'hypothèse où l'administré apparaît comme un usager provocateur. Le contentieux des manifestations sur la voie publique ne s'explique pas autrement. L'administré ne dispose pas d'un droit absolu à manifester sur la voie publique. Bien au contraire le décret-loi du 23 octobre 1935 soumet les manifestations à une déclaration préalable. Son article 3 dispose en outre que « si l'autorité investie des pouvoirs de police estime que la manifestation projetée est de nature à troubler l'ordre public elle l'interdit par un arrêté qu'elle notifie immédiatement aux signataires de la déclaration au domicile élu... ».

Ainsi ce texte laisse à la seule autorité de police le pouvoir d'apprécier l'existence et le degré de gravité des désordres que pourrait occasionner la manifestation projetée. En présence de ce décret-loi le manifestant est démuni. La situation de pure faveur dont il bénéficie explique dès lors la faiblesse des limites apportées par le Conseil d'Etat à l'exercice du pouvoir de police (7).

3) La dernière hypothèse conduit aux mêmes constatations. C'est celle de l'usager qui sollicite, en l'absence de tout droit acquis, une faveur de l'administration. Tel est le cas de l'administré qui demande l'autorisation d'ouvrir un débit de boissons (8) ou qui sollicite l'usage d'une salle municipale afin d'y organiser une conférence privée (9). Les mêmes remarques peuvent être faites pour le particulier qui demande la délivrance d'un passeport à l'étranger (10). La jurisprudence en matière de permissions d'occupation du domaine public témoigne également des faiblesses du contrôle juridictionnel. Elle permet en outre de constater que le Conseil d'Etat contrôle beaucoup plus rigoureusement les retraits que les refus, constatation intéressante si l'on considère que le titulaire de

(7) C.E. 3 février 1911, Boillot, Rec. Lebon, p. 134 ; 10 août 1917, Baldy, Rec. Lebon, p. 617, concl. Corneille ; 24 juillet 1929, Sté La Lorraine et sieur Secunda, Rec. Lebon, p. 805.

(8) C.E. 10 janvier 1931, Oberlé, Rec. Lebon, p. 31 ; 27 février 1933 Primault, Rec. Lebon, p. 221 ; 17 mai 1952, Kaddour, Rec. Lebon, p. 654 ; 4 mai 1956, Sté Rock et Cie, Rec. Lebon, p. 183.

(9) 8 décembre 1950, Murard, Rec. Lebon, p. 607 ; voir aussi 17 juin 1938, Ville d'Uzez, Rec. Lebon, p. 547 ; 16 novembre 1938, Grandchamp, Rec. Lebon, p. 848 ; 30 septembre 1942, Guillou, Rec. Lebon, p. 265.

(10) C.E. 22 avril 1921, Leloutre, Rec. Lebon, p. 381.

la permission a une situation juridique plus forte que le simple postulant.

En définitive, dans cette hypothèse comme dans les précédentes, il semble bien que ce soit l'absence de titre juridique de l'administré qui justifie la faible intensité du contrôle. La liberté de l'administration s'exerce toutes les fois que l'administré est dépourvu d'un droit véritable.

Avec la seconde catégorie d'administrés, ceux qui ne disposent que d'un titre juridique insuffisant, on retrouve, sous réserve de quelques variantes, les mêmes constatations.

2. — Le titre juridique insuffisant.

Dans cette seconde catégorie se situent les administrés qui disposent d'une liberté définie par la loi. Mais cette liberté s'exerce sur une dépendance du domaine public contrairement à son affectation principale. Elle n'est donc pas opposable à la police municipale. Le titre juridique existe mais il est insuffisant.

Comme le fait remarquer M. Teitgen (11) « les dépendances du domaine affectées à l'usage général des administrés sont plus spécialement affectées à l'exercice d'une liberté donnée : les voies publiques, par exemple, à l'exercice de la liberté de circulation et subsidiairement seulement à l'exercice des autres libertés. Or, le public ne peut user d'une dépendance du domaine qui lui est ouverte qu'à la condition de se conformer à son affectation; bon nombre de libertés ne sont donc pas « à leur place » sur certaines dépendances du domaine. Il s'en suit qu'elles n'y sont pas opposables au pouvoir de police qui, dès lors, dispose à leur encontre de droits très étendus ».

La liberté du commerce et de l'industrie lorsqu'elle s'exerce sur les dépendances du domaine public donne ainsi naissance à une réglementation de police dont le contrôle n'est que limité. Si, en effet, le Conseil d'Etat censure les interdictions générales et absolues comme portant atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie (12), il valide au contraire les mesures partielles visant à sauvegarder l'affectation du domaine public (13).

Les mêmes considérations expliquent la jurisprudence relative à l'importante question des processions religieuses. Dans cette hypothèse, la manifestation se déroule sur la voie publique. On pourrait dès lors. concevoir qu'elle fasse l'objet d'une réglementation rigou-

(11) Teitgen, *op. cit.*, p. 450.

(12) C.E. 11 juillet 1933, Grall, Rec. Lebon, p. 765 ; 19 décembre 1934, Brotus, Rec. Lebon, p. 765.

(13) 5 novembre 1948, Sergent, Rec. Lebon, p. 406 ; 9 novembre 1951, Syndicat des commerçants étalagistes d'Ajaccio, Rec. Lebon, p. 519.

reuse de la part des autorités de police. Mais à l'inverse de la simple manifestation, la procession se rattache au principe de la liberté du culte garantie par la loi du 9 juillet 1905. En conséquence, de la même façon qu'en matière de liberté du commerce, le Conseil d'Etat était amené à prohiber les interdictions absolues et à rechercher de ce fait si la procession interdite était de nature, au cas où elle aurait lieu, à provoquer des troubles justifiant une mesure aussi radicale que l'interdiction (14). Ce faisant le juge de l'excès de pouvoir effectuait un contrôle analogue à celui qu'il entreprenait en matière d'atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie : censure limitée à la qualification juridique de la mesure, *in abstracto* et *in concreto*, du fait de l'absence d'un droit véritable à manifester sur la voie publique. Toutefois, en ce domaine, le Conseil d'Etat faisait preuve très tôt d'une plus grande hardiesse (15). En effet, il opérait dès le début du XX^e^ siècle une distinction entre les processions traditionnelles et les processions non traditionnelles (16). Pour ces dernières, le juge administratif n'hésitait pas à effectuer un contrôle normal. Mais, à l'inverse, la censure juridictionnelle se faisait plus profonde dans le domaine des processions traditionnelles. Pour cette catégorie, le Conseil d'Etat, n'admettant plus la présomption d'ordre public qui s'attachait à l'interdiction des processions, se reconnaissait le droit d'exercer un contrôle plus poussé. Il en vint même à juger que la simple crainte de contre-manifestations ne constituait pas un motif valable d'interdiction dès lors qu'il appartenait au maire de les prévenir par des mesures appropriées (17). Cette formule dénote un changement profond dans l'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Ce dernier effectue une véritable censure de la nécessité, de l'opportunité de l'interdiction. La liberté d'adapter discrétionnairement une mesure aux circonstances qui la motivent cesse d'appartenir à l'autorité de police puisque le juge de l'excès de pouvoir se reconnaît le droit d'en examiner le bien-fondé. Cette diminution dans l'exercice du pouvoir de police tient au fait que la situation juridique des destinataires s'est modifiée. Eu égard au caractère traditionnel de certaines processions religieuses, le Conseil d'Etat a créé un véritable droit au profit des « manifestants ». C'est ce droit qui, selon nous,

(14) C.E. 10 juin 1921, Poirier, Rec. Lebon, p. 537 ; Abbé Richard, 18 janvier 1929, Rec. Lebon, p. 66 ; Abbé Delohen, 2 novembre 1933, Rec. Lebon, p. 983 ; Abbé Nicolet, 4 février 1938, Rec. Lebon, p. 128.

(15) C.E. 1^er^ mai 1914, Abbé Didier, S. 1917.3.25.

(16) Sur le principe de cette distinction, cf. conclusions de M. Corneille, S. 1913.3.53.

(17) 28 octobre 1931, Abbé Neauport, Rec. Lebon, p. 910. 12 novembre 1931, Abbé Billard, Rec. Lebon, p. 973.

explique l'ampleur du contrôle juridictionnel. En effet l'étendue de la censure ne peut tenir à aucune autre considération. La loi d'habilitation étant la même et permettant du fait de l'imprécision des motifs un large exercice des pouvoirs de police, la restriction apportée à la compétence municipale ne peut s'expliquer qu'eu égard à la nouvelle position du destinataire de l'acte.

En définitive, il apparaît bien que cette dernière considération conditionne l'ampleur du contrôle. L'étude sommaire du contentieux relatif aux mesures visant les administrés ne possédant aucun droit opposable à la puissance publique ou ne bénéficiant que d'un titre juridique insuffisant (et sous réserve de la jurisprudence relative aux processions religieuses traditionnelles) rend compte d'une censure limitée à la qualification juridique. De telles faiblesses ne peuvent être expliquées qu'eu égard à la position spécifique du destinataire de l'acte. Ce dernier doit être investi d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution ou par la loi. A cette seule condition, la liberté de l'administration se verra restreinte.

Nous sommes ainsi conduits à examiner la dernière catégorie.

3. — Le titre juridique défini par la loi ou garanti par la constitution.

Dans cette dernière catégorie, l'administré apparaît dans la plénitude de ses droits. Il n'exerce aucune activité dangereuse pour l'ordre public. Il ne sollicite aucun concours de la part de l'administration. Bien au contraire, il se retranche derrière un réseau de libertés publiques, qui, en système démocratique, le protègent contre les atteintes injustifiées de la puissance publique. Sans doute, le pouvoir de police peut-il se manifester. L'administré n'est pas à l'abri de toute menace. Mais du fait qu'il dispose de libertés ou de droits définis par le législateur, le pouvoir de police devra se concilier avec les exigences inhérentes à ces libertés ou à ces droits. Aussi, dans cette dernière hypothèse, le Conseil d'Etat exerce un contrôle maximum. Une atteinte au droit de propriété ou à la liberté de réunion conduit à une censure portant sur la correspondance entre l'objet de l'acte et ses motifs. L'interdiction d'une réunion ne sera justifiée qu'en cas de troubles graves et dans l'hypothèse où le maire ne disposait pas d'autres moyens que cette mesure radicale. Cette censure marque les derniers progrès du contrôle juridictionnel. Le Conseil d'Etat substitue son appréciation à celle de l'autorité administrative. Cette substitution conduit à une restriction du pouvoir de police. La liberté de l'administration est limitée dans la mesure où sa compétence s'exerce à l'encontre d'administrés détenteurs de droits ou de libertés. Cette affirmation se doit d'être

vérifiée au contact des réalités jurisprudentielles. Mais auparavant nous estimons préférable d'exposer les théories qui envisagent le problème de la liberté de l'administration sous un angle différent du nôtre.

En fait, parmi les nombreux travaux consacrés au problème de la liberté d'action de l'administration, deux théories méritent avant tout notre attention : celle de Réglade et des représentants de la doctrine légaliste, celle de M. Eisenmann.

1. — La thèse légaliste.

La doctrine légaliste considère le problème du pouvoir dicrétionnaire comme un problème de rapports entre la loi et l'administration. La liberté d'action laissée à l'autorité administrative est uniquement fonction de la réglementation législative. Précisant cette théorie, le Doyen Bonnard (18) écrit « qu'il y a pouvoir discrétionnaire lorsque la loi n'énonce pas les motifs pour lesquels l'autorité administrative pourra exercer sa compétence ». La liberté d'action de l'administration varie selon que la loi d'habilitation précise ou non les motifs de la décision. Si les motifs sont indiqués le contrôle juridictionnel s'exerce et la compétence de l'agent se trouve dès lors partiellement liée. Si au contraire, les motifs ne sont pas précisés ou insuffisamment précisés, la compétence de l'agent devient discrétionnaire. Le juge administratif se borne, dans cette hypothèse, à un contrôle du détournement de pouvoir.

Que penser de cette théorie ? Fournit-elle une explication satisfaisante au problème de la liberté d'action de l'administration ? Nous ne le pensons pas. Faire du problème du pouvoir discrétionnaire un problème de rapports entre la loi et l'administration nous semble insuffisant. Certes, cette théorie a le mérite de fournir une explication simple à une question particulièrement ardue. Mais elle ne nous semble pas susceptible de rendre compte de toutes les solutions jurisprudentielles. Tout au plus peut-on admettre que l'absence ou l'indétermination légale des motifs constitue une présomption de pouvoir discrétionnaire. Mais cette présomption souffre la preuve contraire. Cette dernière sera établie toutes les fois que l'administré sera pourvu d'un titre juridique adéquat. La loi d'habilitation discrétionnaire constitue bien une présomption de liberté. Mais cette liberté est restreinte par le juge dans les seules hypothèses où l'administré dispose d'un droit ou d'une liberté à opposer à l'exercice de la compétence administrative. La situation juridique

(18) Bonnard, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », R.D.P. 1923, p. 363.

du destinataire de l'acte constitue donc le complément indispensable à une solution explicative du pouvoir discrétionnaire.

Plus intéressante, car plus apte à fournir une explication au problème du pouvoir discrétionnaire, nous semble être la thèse de M. Eisenmann.

2. — La thèse de M. Eisenmann (19).

Pour M. Eisenmann la liberté d'action de l'administration est fonction des règles législatives et jurisprudentielles. La réglementation législative, prise seule, est insuffisante à rendre compte de la présence ou de l'absence du pouvoir discrétionnaire. Il arrive en effet, fréquemment, dans l'hypothèse où la loi d'habilitation est très large, que le juge administratif vienne restreindre la liberté d'action de l'administration, supprimer des éléments de discrétionnalité. Ainsi, pour M. Eisenmann : « si l'on veut être positif, il faut reconnaître que l'administration n'a de pouvoir discrétionnaire que ce que lui en laisse au total le cumul des règles légales et des règles jurisprudentielles limitant sa liberté d'action.

Comme le fait judicieusement remarquer M. Venezia (20), la thèse de M. Eisenmann ne peut être critiquée sur la base des solutions jurisprudentielles. Il est, en effet, certain que la liberté d'action de l'administration est limitée, à l'occasion de chaque recours, par la création d'une règle jurisprudentielle. Une telle affirmation ne peut en rien être contredite par l'examen des arrêts du Conseil d'Etat. La thèse de M. Eisenmann a ainsi le mérite d'épouser parfaitement les solutions jurisprudentielles. Cependant elle ne peut fournir une véritable explication au problème du pouvoir discrétionnaire ou de la liberté d'action de l'administration. La thèse de M. Eisenmann constate, elle n'explique pas. Sur quelle base le Conseil d'Etat vient-il restreindre la liberté dont dispose l'autorité administrative ? De quels éléments tient-il compte pour effectuer sa censure et supprimer au fur et à mesure les éléments de « discrétionnalité » ? Autant de points que M. Eisenmann laisse dans l'ombre. Reprenant la critique faite par M. Venezia à l'éminent auteur, il nous semble parfaitement exact d'affirmer que M. Eisenmann donne du pouvoir discrétionnaire une définition caractéristique et non explicative.

Devant l'insuffisance de ces deux théories, il importe de confronter notre thèse aux solutions jurisprudentielles. Trois contentieux vont nous permettre de conduire notre démonstration : le conten-

(19) Eisenmann, « Cours de droit administratif », D.E.S. Droit Public, Paris 1949-1950.

(20) Venezia, *op. cit.*, p. 98.

tieux des mutations immobilières, celui des réquisitions effectuées au titre de la loi du 11 juillet 1938, enfin le contentieux de la police municipale. L'étude des deux premiers permet de vérifier l'inexactitude de la thèse légaliste. Dans des hypothèses d'absence ou d'indétermination des motifs, le Conseil d'Etat exerce cependant un contrôle qui tend à restreindre les pouvoirs de l'administration. D'une manière positive, cette jurisprudence permettra de démontrer la véracité de notre thèse puisque, comme nous le verrons, la restriction des pouvoirs de l'administration est opérée dans des hypothèses d'atteintes au droit de propriété.

L'étude du contentieux de la police municipale permettra en dernier lieu de démontrer, non l'inexactitude de la thèse légaliste, mais son insuffisance. Au terme de cette étude nous serons ainsi amenés à vérifier le bien-fondé de notre thèse.

Section 1

LE CONTENTIEUX DES MUTATIONS IMMOBILIERES

La loi du 16 novembre 1940 (21) prévoyait que « pour être valables les mutations entre vifs, de propriété et de jouissance, ainsi que tous les démembrements de propriété portant sur des immeubles ou des droits immobiliers, doivent être autorisés par le Préfet du département du lieu où l'immeuble est situé ».

Bien qu'il ait été abrogé, ce texte reste cependant, pour nous, d'un intérêt primordial. Il fournit, en effet, les deux éléments susceptibles d'étayer notre démonstration. D'une part, il s'agit là d'une hypothèse où la loi ne donne aucune indication sur les motifs et sur le but qui doivent guider l'autorité administrative. Dans son commentaire du texte de 1940 (22) M. Esmein remarque : « Or, voici qu'à toute personne une autorisation du préfet est nécessaire, et la loi ne précisant pas à quelles personnes l'autorisation doit être refusée, ni même quels buts il doit visé, elle laisse au préfet entière discrétion. Il donne ou refuse l'autorisation sans donner de motifs. Il peut la donner à une personne et la refuser à une autre qui sont exactement de même qualité et condition. »

La loi du 16 novembre 1940 est une loi d'habilitation discrétionnaire. L'absence totale de motifs, l'imprécision du but, investis-

(21) Gaz. Pal. 1940.2.549.

(22) P. Esmein, « De l'autorisation préfectorale exigée pour les opérations immobilières », Gaz. Pal. 1943.1.20.

sent les autorités administratives des plus larges pouvoirs d'appréciation pour autoriser de telles mutations.

D'autre part la loi du 16 novembre 1940 recèle de graves menaces pour les administrés. De par son objet, elle s'exerce, en effet, à l'encontre de la liberté du commerce et des transactions, liberté qui constitue, en l'espèce, un droit spécifique de l'administré. Dès lors, la situation juridique de l'acquéreur ou du vendeur de biens immobiliers risque d'être fortement compromise par l'exercice d'un pouvoir en apparence discrétionnaire. L'arrêté ministériel du 22 janvier 1941 (23) fixant les modalités de l'autorisation préfectorale, multiplie, en outre, les possibilités d'atteintes à la liberté du commerce et des transactions. Cet arrêté prévoit que si aucune réponse n'est donnée par le préfet dans les huit jours de la demande, l'autorisation doit être considérée comme accordée. Mais le texte permet au préfet de surseoir à la décision aux fins d'enquête. Dans cette hypothèse, faute de réponse, il n'y a pas pour autant « d'autorisation tacite ». Par ce biais, et, en l'absence de toute précision sur la durée du sursis, il est possible d'ajourner indéfiniment l'autorisation. L'administré ne disposant plus que du simple recours hiérarchique, sa situation s'en voit par contrecoup amoindrie.

La loi du 16 novembre 1940 constitue donc, en définitive, le terrain idéal pour mener à bien notre démonstration. Deux hypothèses sont, en effet, envisageables.

La première se réfère explicitement à la thèse légaliste. L'absence de motifs, l'imprécision du but sont pour les tenants de cette doctrine, l'indice d'un pouvoir laissé à la discrétion totale de l'autorité administrative.

Dès lors, le silence de la loi devait normalement se traduire au plan contentieux, par un non-examen des raisons d'un refus d'approbation de l'autorité préfectorale, quand ce refus était frappé d'un recours pour excès de pouvoir. D'un point de vue légaliste, une seule attitude était possible pour le Conseil d'Etat. Mis en présence du texte de 1940, le juge de l'excès de pouvoir ne pouvait qu'affirmer que les plus larges pouvoirs d'appréciation ont été reconnus par la loi à l'autorité administrative. En conséquence, il ne lui appartenait pas d'apprécier l'opportunité des mesures attaquées.

Mais une seconde hypothèse reste ouverte. Elle tient au fait que l'application de la loi du 16 novembre 1940 porte nécessairement atteinte à un droit spécifique de l'administré. Le texte de 1940 vise en effet la liberté du commerce et des transactions. Dès lors si notre thèse est exacte, si la situation juridique du destinataire influe

(23) Gaz. Pal. 1941.1.646.

sur le comportement du juge de l'excès de pouvoir, le contrôle doit être approfondi.

Quelle allait être l'attitude du Conseil d'Etat chargé d'examiner la légalité des refus d'autorisation de mutations immobilières : contrôle minimum ou censure approfondie ? L'enjeu est considérable. Si, en effet, le juge de l'excès de pouvoir se refuse à apprécier le bien-fondé des mesures attaquées, la doctrine légaliste reçoit de ce fait une consécration jurisprudentielle. A l'inverse, une censure approfondie vient infirmer les théories de ceux qui voient, dans le problème du pouvoir discrétionnaire, un problème de rapports entre la loi et l'administration.

Or, force est de constater que la jurisprudence infirme la thèse légaliste. Le juge de l'excès de pouvoir vient, en effet, restreindre les pouvoirs impartis à l'autorité préfectorale. Cette restriction est opérée par hypothèse, en dehors de toute référence tirée du texte de la loi. Le Conseil d'Etat commence par dégager le sens du texte de 1940. Puis il effectue un contrôle de la qualification juridique, pour terminer par l'appréciation de la valeur du motif.

Il importe dès lors, de retracer les étapes du contrôle juridictionnel dans cette hypothèse d'indétermination des motifs.

Puis après avoir examiné les positions doctrinales nous nous efforcerons de fournir une explication au contrôle exercé par la juridiction administrative sur les mutations immobilières.

§ 1. — La jurisprudence.

Dans une première étape, le juge effectue un contrôle du détournement de pouvoir, de la qualification *in abstracto*. Dans un deuxième temps il se penche sur l'examen de la valeur du motif.

A. — Controle de la qualification in abstracto.

La loi du 16 novembre 1940 ne précise pas quel est le but en vertu duquel l'autorité administrative doit agir. Cependant, dans le silence de la loi, cette recherche incombe au juge de l'excès de pouvoir. « Sans doute, dans cette recherche devra-t-il, user d'une prudence particulière et se borner le plus souvent à discerner les fins en vue desquelles le législateur n'a pas entendu donner à l'administration les pouvoirs qu'il lui attribue, sans pouvoir apporter d'affirmation positive et énoncer lui-même, de façon limitative, les cas où l'administration pourra agir. Mais ce résultat, tout limité

qu'il est, n'en doit pas moins être recherché dès l'instant qu'il peut être atteint avec toutes les apparences de la certitude » (24).

Une fois le but dégagé, le juge de l'excès de pouvoir découvre alors les motifs légaux qui doivent correspondre à ce but. Ainsi le législateur de 1940 n'ayant pas entendu interdire d'une manière générale aux personnes n'exerçant pas une profession agricole d'acquérir une propriété, un tel motif n'est pas au nombre de ceux qui sont implicitement prévus par la loi. Le raisonnement suivi par le Conseil d'Etat aboutit à un véritable contrôle de la qualification *in abstracto*. Le juge de l'excès de pouvoir se demande si tel motif pris en lui-même, indépendamment des circonstances de l'espèce, correspond aux motifs légaux qu'il a dégagés.

Le Conseil d'Etat exerce donc un contrôle de la qualification *in abstracto*. L'arrêt Tabouret et Laroche du 9 juillet 1943 (25) fournit un excellent exemple de cette méthode de raisonnement. Au cas d'espèce, deux industriels, désirant acheter une propriété agricole afin d'y résider, s'étaient vu opposer un refus de la part de l'autorité préfectorale. Cette dernière estimait qu'il était inopportun d'accéder à une telle demande du fait qu'elle aurait abouti à transférer une propriété agricole à des personnes non qualifiées pour l'exploiter. Dans cette affaire, le préfet s'était bien déterminé en fonction de ce qu'il croyait être l'intérêt général. Dès lors, si l'on s'en référait à la thèse légaliste, aucun contrôle n'était possible. Le Conseil d'Etat aurait donc dû se retrancher derrière ces considérations sans motiver autrement sa décision. Une telle attitude eût abouti au rejet du recours.

Telle ne fut cependant pas, dans l'espèce, la méthode suivie par la haute juridiction administrative. Le Conseil d'Etat ne prête nullement attention aux intentions subjectives de l'auteur de l'acte. Peu importe que le préfet ait cru agir dans l'intérêt général. Le Conseil d'Etat a estimé que le motif sur lequel l'autorité s'était appuyée pour refuser son autorisation « en raison de sa généralité et en l'absence de toute appréciation des inconvénients particuliers que pouvait présenter dans les circonstances de l'espèce pour l'intérêt général la réalisation de l'opération projetée... » n'est pas du nombre de ceux qui peuvent justifier légalement le refus d'autorisation envisagée par la loi du 16 novembre 1940.

Il s'agit donc là d'un contrôle de la qualification *in abstracto*. Dans un premier temps, le juge de l'excès de pouvoir scrute les intentions du législateur. Il dégage le but de la loi.

(24) Concl. Léonard, sous arrêt du 9 juillet 1943, Tabouret et Laroche, Gaz. Pal. 1943.II.65 et 66.

(25) Gaz. Pal. 1943.II.65.

Puis le Conseil d'Etat découvre les motifs qui doivent être appropriés à cette fin. Ainsi, le législateur de 1940 ayant entendu éviter les acquisitions faites dans un but de spéculation, le Conseil d'Etat admet la légalité d'un refus fondé sur l'activité antérieure des requérants en matière de transactions immobilières. « De tels motifs étaient de nature à justifier légalement le refus opposé au requérant » (26). Par contre, il serait vain de prétendre que le législateur ait voulu interdire d'une manière générale l'accès à une des formes les plus essentielles du droit de propriété. Aussi le juge de l'excès de pouvoir annule-t-il les refus d'autorisation fondés sur des motifs, aussi larges, par exemple, des refus motivés par des considérations économiques ou des considérations d'urbanisme (27).

D'une manière générale, le refus opposé par le préfet doit reposer sur un examen des inconvénients particuliers que présenterait pour l'intérêt général, dans les circonstances de l'espèce, la réalisation de l'opération projetée. « Considérant, déclare un arrêt du 28 février 1945, qu'il ressort des pièces du dossier que, pour rejeter la demande, le préfet s'est fondé, d'une part, sur des faits matériellement inexacts, d'autre part, sur ce qu'il convenait de réserver à des agriculteurs de profession le droit d'acquérir les terres cultivables, que ce dernier motif, en raison de sa généralité et en l'absence de toute justification des inconvénients particuliers que pourrait présenter, dans les circonstances de l'espèce, pour l'intérêt général, la réalisation de l'opération projetée par la Dame Provini, n'est pas au nombre de ceux qui peuvent justifier légalement le refus de l'autorisation prévue par la loi du 16 novembre 1940... » (28).

En définitive, le Conseil d'Etat examine si le motif correspond à la fin poursuivie par le législateur. Il opère cette vérification dans le silence de la loi.

Il limite donc les pouvoirs de l'autorité administrative dans une hypothèse où, si l'on s'en réfère à la doctrine légaliste, il était impossible qu'un contrôle efficace puisse s'instaurer. Mais est-ce là tout et le Conseil d'Etat ne poursuivra-t-il pas plus avant son contrôle ? Il ne le semble pas. Le juge de l'excès de pouvoir va, en effet, opérer un choix parmi les motifs qui sont de nature à justifier un refus d'autorisation. En d'autres termes, il va se livrer à un contrôle de la valeur des motifs.

(26) C.E. Section, 16 février 1945, Lengrand, Rec. Lebon, p. 36.

(27) C.E. 18 octobre 1946, Epoux Moreau et Bazin, Rec. Lebon, p. 237 ; 30 juin 1944, Ass. Cie Anonyme des Sablières de la Seine, Rec. Lebon, p. 189 ; 22 décembre 1944, sieur Baudouin, Rec. Lebon, p. 330.

(28) C.E. 28 février 1945, Epoux Provini, Rec. Lebon, p. 44, voir aussi 18 janvier 1946, sieur Panagopoulos, Rec. Lebon, p. 19.

B. — Controle de la valeur du motif.

A ce second stade, le contrôle juridictionnel devient plus étendu. Le Conseil d'Etat décide, en effet, que le préfet doit se fonder sur des motifs déduits d'un examen de l'origine des ressources, de l'activité habituelle ou des intentions de l'acquéreur éventuel. L'origine de ce contrôle plus approfondi remonte à un important arrêt du 28 juillet 1944, Dame Constantin (29).

« Considérant qu'en subordonnant à une autorisation préfectorale, par la loi du 16 novembre 1940, les mutations entre vifs de propriété ou de jouissance ainsi que tous les démembrements de propriété immobilière ou de droits immobiliers, le législateur a entendu éviter les spéculations portant sur ces biens ou leur accaparement; qu'il suit de là que le préfet peut refuser son autorisation quand l'origine des ressources, l'activité habituelle ou les intentions de l'acquéreur éventuel ne lui paraissent pas exclusives d'un but de spéculation ou d'accaparement; que la situation du vendeur peut rendre plus ou moins vraisemblable ou probable l'existence d'un tel but, mais n'est pas, à elle seule, de nature à justifier un refus d'autorisation qui aurait pour conséquence de rendre la propriété inaliénable entre les mains de son détenteur... Considérant qu'il résulte de l'instruction que pour refuser à la Dame Barrière, épouse Constantin, l'autorisation de consentir une hypothèque sur un de ses immeubles, le préfet de la Haute-Garonne, sans la déclarer non recevable comme n'émanant pas de l'acquéreur éventuel de ce droit réel, a statué sur le mérite de la demande ainsi présentée; que, pour ce faire, il s'est borné à tirer argument de renseignements recueillis sur le compte du conjoint de la requérante et ne s'est pas fondé sur des motifs déduits d'un examen de la situation, de l'attitude ou des intentions du préteur, bénéficiaire éventuel de l'hypothèque; que, dès lors, il a par la décision attaquée, fait une inexacte application des dispositions législatives ci-dessus rappelées. »

Les formules utilisées dans l'arrêt Dame Constantin témoignent des progrès du contrôle juridictionnel. Le Conseil d'Etat ne se borne pas à effectuer un simple contrôle du détournement de pouvoir. Il vérifie et apprécie, au cas d'espèce, la valeur du motif invoqué par l'autorité préfectorale. Le législateur entend éviter les spéculations immobilières et seule la situation du vendeur peut rendre plus ou moins vraisemblable l'existence d'un tel but. Aussi le juge de l'excès de pouvoir se reconnaît le droit d'examiner si le motif invoqué est bien proportionné aux intentions du législateur.

(29) Assemblée, 28 juillet 1944, Rec. Lebon, p. 219.

L'arrêt Dame Constantin oriente donc le Conseil d'Etat vers un contrôle plus serré. Un arrêt du 16 janvier 1946 (30) confirme nettement cette tendance. Significative est, à cet égard, la formule utilisée par le juge de l'excès de pouvoir.

« Considérant que le sieur Jouhaneau était propriétaire de trois exploitations agricoles d'une contenance totale de 46 hectares, qu'il n'est pas établi, eu égard aux circonstances de l'affaire, qu'en sollicitant l'autorisation d'acquérir une propriété de 7 hectares 60, voisine et complémentaire d'un domaine qui lui appartient déjà, le sieur Jouhanneau, bien qu'il ne se soit pas proposé de l'exploiter lui-même, ait envisagé une opération de la nature de celles qui peuvent légalement justifier le refus d'autorisation prévu par la loi du 16 novembre 1940, alors en vigueur, qu'ainsi la décision a fait de la loi une fausse application. »

§ 2. — Interprétation de la jurisprudence.

La jurisprudence relative aux refus d'autorisation de mutations immobilières permet-elle de vérifier l'importance de la situation juridique du destinataire de l'acte dans le contrôle juridictionnel ? Tel est le problème fondamental qu'il convient de résoudre. Mais auparavant il importe de signaler les opinions de la doctrine.

A. — Les explications de la doctrine.

Commentant l'arrêt Dame Constantin (31), M. Morange n'hésite pas à parler d'un contrôle de l'opportunité. Pour lui, le choix est limité entre deux attitudes : ou les motifs légaux de refuser existent et dans ce cas l'administration doit refuser ou bien ils n'existent pas et l'administration doit accepter. Il ne reste donc à l'administration aucun pouvoir discrétionnaire à l'égard de l'un quelconque des éléments de son acte : « Aussi, poursuit M. Morange, il est bien difficile de contester que, ce faisant, le Conseil d'Etat se trouve amené à apprécier réellement l'opportunité des décisions administratives. Sans doute, cette jurisprudence implique-t-elle, théoriquement, le fait que la loi a subordonné la légalité d'une décision administrative à l'existence de certains motifs, enlevant ainsi à l'autorité administrative l'appréciation de l'opportunité. Il n'en reste pas moins vrai que c'est au Conseil d'Etat lui-même qu'il appartient dans cette hypothèse de dégager les conditions d'opportunité et par suite, de légalité, de l'acte administratif. »

(30) Sieur Jouhanneau, Rec. Lebon, p. 16.
(31) D. 1945.164.

L'explication fournie par M. Morange peut certes prêter à controverse. Notamment l'expression de « contrôle de l'opportunité » ne correspond pas véritablement à la réalité. Si, en effet, à l'instar de M. Dubisson, il apparaît exact de prétendre que le juge de l'excès de pouvoir ne se borne pas à un examen de la légalité, parler, en l'espèce, du contrôle de l'opportunité ne nous paraît pas conforme aux réalités de la technique contentieuse. Le juge administratif ne peut substituer intégralement son appréciation à celle de l'autorité exécutive. En réalité, et M. Dubisson le souligne lui-même, « l'opportunité d'une mesure ne peut jamais être contrôlée au sens strict, étant donné le degré d'incertitude que présente tout jugement sur l'opportunité, étant donné également les éléments subjectifs qui entrent en jeu pour cette appréciation » (32).

Cette restriction n'infirme cependant pas l'explication de M. Morange. Dans le silence de la loi, le juge de l'excès de pouvoir restreint, en effet, les pouvoirs impartis à l'autorité préfectorale. Le pouvoir, discrétionnaire à l'origine (du fait de l'absence de motifs) devient partiellement lié.

Le juge administratif découvre les conditions légales qui doivent obligatoirement guider l'action de l'autorité préfectorale. Par le biais du contrôle juridictionnel, on passe d'une hypothèse de compétence discrétionnaire à une hypothèse de compétence partiellement liée.

Une telle attitude n'est pas le fruit du hasard. Un contrôle juridictionnel aussi serré n'est pas automatique dans toutes les hypothèses où le législateur est resté muet sur les motifs qui doivent servir de fondement aux décisions des autorités administratives. C'est ainsi que la loi ne précise pas les conditions nécessaires à la reconnaissance de la qualité de F.F.I. Dans cette hypothèse d'indétermination des motifs, le Conseil d'Etat n'exerce cependant qu'un contrôle minimum.

« Considérant qu'il n'appartient pas à la juridiction administrative de contrôler l'appréciation qui a été faite par le secrétaire d'Etat à la guerre du titre de Résistance invoqué par le requérant..., qu'il ne résulte pas de l'instruction que cette appréciation repose sur des faits matériellement inexacts ou soit entaché de détournement de pouvoir. » (33).

Au cas d'espèce, et dans une hypothèse où les conditions légales ne sont pas fixées par la loi, le juge de l'excès de pouvoir se livre à un contrôle minimum. L'examen de la qualification juridique des

(32) *Op. cit.*, p. 59.
(33) C.E. 21 décembre 1960, Therond, Rec. Lebon, p. 723.

motifs de faits relève donc du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

De même, dans le silence de la loi, le contrôle est réduit au minimum pour l'appréciation de la qualité de combattant (34) ou pour le refus de l'allocation chômage (35). D'une manière plus générale, le contrôle des mesures disciplinaires est moins poussé que celui des mutations immobilières alors que théoriquement les deux hypothèses sont semblables.

Dès lors, il importe de s'interroger sur les raisons de ces divergences dans l'étendue du contrôle juridictionnel. Dans le silence de la loi, la faiblesse ou l'importance de la censure s'explique-t-elle en raison du caractère technique du contentieux ? Cette explication, si elle s'avère exacte dans certaines hypothèses, ne nous semble pas susceptible de rendre compte de toutes les solutions jurisprudentielles. Le contentieux des mesures disciplinaires ne recèle pas des difficultés techniques plus grandes que celles qui peuvent exister dans celui des mutations immobilières.

Dès lors, quelle est la raison de la disparité dans l'étendue du contrôle ?

B. — Explication proposée : le controle juridictionnel, fonction de la situation juridique du destinataire de l'acte administratif.

Seule la prise en considération de la situation juridique du destinataire de l'acte est susceptible selon nous, de fournir une explication valable à l'étendue du contrôle effectué en matière de mutations immobilières. La loi du 16 novembre 1940 recèle, en effet, de graves dangers pour les administrés. L'absence de toute précision sur les motifs laisse, en principe, une grande liberté à l'autorité préfectorale. Dès lors, si le contrôle est illusoire, le détenteur d'un tel pouvoir peut en user à l'encontre de la liberté du commerce et du droit de propriété. De telles menaces sont graves pour les administrés. Leur situation juridique risque fort d'être compromise sinon amoindrie. Or, il s'agit ici par hypothèse d'une situation juridique forte. La liberté du commerce, le droit de propriété constituent, en effet, des droits essentiels des administrés. Il semble donc normal que de telles considérations dictent l'attitude du juge de l'excès de pouvoir. Pratiquant selon la formule d'Hauriou une véritable « poli-

(34) C.E. 13 juillet 1938, Voiry, Rec. Lebon, p. 670 ; 14 mars 1952, Chillou de Saint-Albert, Assemblée, Rec. Lebon, p. 162.

(35) T.A. Paris, 9 juillet 1959, Gardin, Rec. Lebon, p. 832.

tique jurisprudentielle », le Conseil d'Etat n'hésite pas à tenir compte de la situation juridique des administrés. En définitive, dans l'hypothèse des mutations immobilières, les progrès du contrôle jurisprudentiel s'expliquent essentiellement par la situation juridique privilégiée des destinataires de l'acte. Mis en présence d'une loi d'habilitation discrétionnaire, le Conseil d'Etat restreint les pouvoirs de l'administration dans la mesure où ces pouvoirs risquent d'amoindrir la situation juridique de l'administré.

Au terme de cette étude, il est possible de dégager deux conclusions.

I. — Tout d'abord, le contentieux des mutations immobilières infirme nettement la thèse légaliste. Dans le silence de la loi, le juge de l'excès de pouvoir découvre les conditions légales à l'exercice de la compétence. De discrétionnaire, le pouvoir devient partiellement lié.

II. — Enfin, ce contrôle particulièrement serré n'est effectué, selon nous, qu'en considération de la situation juridique privilégiée de l'administré. Le Conseil d'Etat remédie au mutisme du législateur de 1940 dans une hypothèse où les droits légitimes des acquéreurs ou vendeurs de biens immobiliers risquaient d'être compromis. Le contentieux fourni par l'application de la loi du 16 novembre 1940 tend ainsi à prouver l'importance de la situation juridique du destinataire de l'acte dans le contrôle effectué par le juge de l'excès de pouvoir. Cette importance, il convient de la vérifier dans une autre hypothèse où les administrés peuvent opposer à l'encontre de l'administration une situation juridique garantie par la Constitution ou par la loi.

Nous sommes ainsi conduits à étudier dans une section II le contentieux des Réquisitions.

Section 2

LE CONTROLE JURIDICTIONNEL DES REQUISITIONS

La loi du 11 juillet 1938 énonce en son article 20 que « la fourniture des prestations nécessaires pour assurer les besoins du pays est obtenue par voie d'accord amiable et, à défaut, par réquisition ».

Ce texte appelle immédiatement une remarque. Le législateur laisse les mains libres à l'administration. Il ne détermine pas les prestations qui pourront être assurées par voie de réquisition. Il ne

précise en aucune manière en fonction de quelles considérations l'autorité administrative peut agir. Une seule règle dicte la conduite de l'administration. La réquisition doit correspondre à un « besoin du pays ». Mais cette détermination du but ne peut, en réalité, que limiter partiellement la liberté de l'administration. Le terme « besoins du pays » est volontairement imprécis. Sans doute à l'époque où la réquisition était à la base de la défense nationale, cette seule indication permettait des distinctions. Mais de nos jours, la référence à un tel but ne fournit aucune précision et, en définitive, c'est toute l'activité nationale qui peut être englobée dans la notion de « besoins du pays ».

On constate donc que la loi du 11 juillet 1938 est un texte d'habilitation discrétionnaire. Le législateur n'a pas précisé les motifs. Il a seulement fourni un but très vague impropre à limiter efficacement l'action de l'administration.

On se trouve donc dans une hypothèse semblable à celle de la loi du 16 novembre 1940. De plus, la loi du 11 juillet 1938 fait peser de graves menaces sur les administrés. La réquisition s'exerce, en effet, à l'encontre du droit de propriété. Depuis la Révolution de 1789, la propriété privée est un droit naturel et imprescriptible de l'homme. Soucieux de protéger ce droit contre les emprises de l'Etat, les constituants n'ont pas hésité à reconduire l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme, article qui garantit formellement la propriété privée. De même, les tribunaux et la doctrine ont prouvé, par la création des théories de la voie de fait et de l'emprise, à quel point ils étaient soucieux de garantir efficacement le propriétaire contre les atteintes de l'Etat. C'est dire que la situation juridique de l'administré propriétaire est par essence une situation juridique protégée.

Chargé de contrôler la légalité des ordres de réquisition, le Conseil d'Etat allait-il être influencé par de telles considérations ? Si l'on s'en réfère à la doctrine légaliste, la réponse devrait être négative. En effet, la loi du 11 juillet 1938 ne fournit aucune précision sur les motifs qui doivent servir de support aux réquisitions. Le mutisme du législateur investit l'autorité administrative d'un pouvoir discrétionnaire. Aucun contrôle n'est donc possible, hormis celui du détournement de pouvoir et de l'existence matérielle des faits.

A l'inverse, si l'indétermination des motifs ne constitue qu'une présomption de pouvoir discrétionnaire, le Conseil d'Etat ne manquera pas d'effectuer un contrôle approfondi s'agissant d'une hypothèse où la situation juridique du propriétaire commande une telle

attitude. Censure minimum ou contrôle approfondi infirmera ou confirmera donc notre thèse.

Or, l'examen du contentieux des réquisitions traduit le souci du Conseil d'Etat de limiter l'administration afin d'éviter, dans la mesure du possible, des atteintes au droit de propriété qui ne seraient pas justifiées par l'intérêt général. Il faut bien voir en effet, que dans cette hypothèse, le rapport intérêt général - intérêts des particuliers ne dénote pas nécessairement une infériorité du second terme par rapport au premier. Du fait de la situation privilégiée du propriétaire, la réquisition ne devient légitime que si elle est nécessaire. L'examen de cette nécessité commande donc un contrôle plus serré qui aboutit en dernière analyse à une restriction presque totale de la compétence administrative.

Mais avant d'aboutir à un tel résultat, la censure juridictionnelle est passée par différents stades. Dans un premier temps, le juge administratif reste sur la réserve. Il effectue alors un contrôle minimum. Puis, à partir de 1943, le contrôle porte sur le point de savoir si la réquisition était justifiée par les besoins du pays. C'est un simple contrôle de la qualification *in abstracto* ou du détournement de pouvoir qui n'infirme en rien la doctrine légaliste. A partir de 1945, la censure s'infléchit. Le Conseil d'Etat examine si, dans les circonstances de l'espèce, la réquisition était bien nécessaire pour les besoins du pays. Enfin, au terme de l'évolution, le juge de l'excès de pouvoir se penche sur l'étendue de la réquisition. A cet ultime stade, la compétence primitivement discrétionnaire est devenue partiellement liée. Cette liaison marque selon nous, l'importance qu'attache le Conseil d'Etat à la situation juridique privilégiée du propriétaire.

Il importe de le vérifier en suivant pas à pas les progrès de la censure juridictionnelle.

§ 1. — Contrôle minimum.

Dans un premier temps, le juge administratif se montre très réservé. Il effectue un contrôle de l'exactitude matérielle des faits. Il vérifie, en outre, si ces faits entrent bien dans le champ d'application de la loi. L'arrêt Cornier du 22 mai 1942 (36) illustre cette attitude. « Considérant que l'article 23 de la loi du 11 juillet 1938 dispose que sur toute l'étendue du territoire national, la propriété de l'usage des biens meubles ou immeubles peut être requise pour les besoins du pays, et qu'aux termes de l'article 54 du décret du

(36) Rec. Lebon, p. 164.

28 novembre 1938 portant réglement d'administration publique pour l'application de la loi précitée, le ministère de l'Intérieur est habilité à pourvoir d'urgence, par voie de réquisition, à la nourriture des personnes évacuées de leur domicile et transférées dans un autre lieu, lorsqu'elles sont sans ressources et dans l'impossibilité de se procurer les prestations nécessaires; que la réquisition prononcée par la décision attaquée en vue de permettre la création de jardins au profit des Lorrains et Alsaciens réfugiés dans le territoire de la commune de Lamalou-les-Bains, entre dans le champ d'application des dispositions susvisées; que l'opportunité de cette mesure n'est pas susceptible d'être discutée devant le Conseil d'Etat; que, par suite, le sieur Cornier n'est pas fondé à soutenir qu'elle est entachée d'excès de pouvoir. »

Dans cette espèce, le Conseil d'Etat refuse de s'engager sur le terrain de l'opportunité. Mis en présence d'une atteinte au droit de propriété, il se montre plus soucieux de respecter le pouvoir discrétionnaire de l'administration que de protéger les intérêts légitimes du propriétaire. Une telle attitude, conforme en tous points à la doctrine légaliste, est cependant exceptionnelle. A partir de 1943, le Conseil d'Etat se départit de sa réserve et effectue un contrôle du détournement de pouvoir.

§ 2. — Le contrôle de la qualification « in abstracto ».

« C'est à dessein que le législateur a, en 1938, créé une expression nouvelle » (besoins du pays), au lieu d'employer les termes classiques « d'intérêt public, « d'utilité publique », « d'intérêt général ». « Cette expression marquait sa volonté d'élargir, au-delà du service public, les bénéficiaires des réquisitions, ou tout au moins de substituer au critère organique du service public un critère matériel en admettant que certains particuliers pouvaient être favorisés par cette prérogative. » (37). Dès lors, la notion de « besoins du pays » étant une notion extensive, les réquisitions pouvaient être opérées au profit des services publics, des fonctionnaires et même des particuliers. Mais dans le même temps se multipliaient les risques d'abus. Aussi le Conseil d'Etat allait-il effectuer un contrôle du détournement de pouvoir. Les réquisitions ne seront valables que si elles correspondent à un besoin du pays. Dans cette recherche de l'adaptation du motif au but poursuivi par le législateur, le Conseil d'Etat allait tenir compte de la situation des bénéficiaires de la réquisition. Il apparaît en effet à l'évidence que si l'intérêt

(37) Ducos-Ader, « Le droit de réquisition », Thèse, L.G.D.J. 1956, p. 188.

général est présumé lorsque les réquisitions sont effectuées au profit du service public, il n'en est pas de même lorsqu'elles visent à satisfaire les intérêts des particuliers. Soucieux de protéger les droits du propriétaire, le Conseil d'Etat va diversifier son contrôle en fonction du bénéficiaire des réquisitions. Plus lâche lorsqu'il s'agit de l'installation d'un service public, la censure est plus poussée lorsqu'il s'agit de l'installation d'un fonctionnaire ou d'un particulier.

A. — Les réquisitions au profit des services publics.

Dans cette première hypothèse, l'intérêt général est présumé. Aussi le Conseil d'Etat ne se livre-t-il qu'à un contrôle restreint. Dans un arrêt du 10 février 1943 (38), il admet la légalité de la réquisition destinée à l'installation d'une perception. « Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de contrôler l'opportunité d'une réquisition et qu'il n'est pas établi que la décision attaquée ait été prise pour une autre fin que l'intérêt du service. » De même dans un arrêt du 2 juillet 1943 (39), on retrouve ce contrôle succinct sur la correspondance entre le motif de la réquisition et les besoins du pays. « Considérant qu'il résulte des dispositions combinées de l'article 22 alinéa 1er et de l'article 22 *bis*, alinéa 1er de la loi du 11 juillet 1938, que les immeubles peuvent faire l'objet de réquisition d'usage pour les besoins du pays; qu'il ressort de l'instruction que le préfet de la Creuse a requis l'immeuble des consorts Gouzonnat pour le compte du secours national, afin d'y installer une « maison de prisonnier »; que la création des maisons de prisonniers « correspond à un besoin du pays »; que, dès lors, les consorts Gouzonnat ne sont pas fondés à soutenir que le préfet de la Creuse a méconnu les dispositions législatives ci-dessus rappelées; considérant enfin qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'apprécier l'opportunité de la réquisition et qu'il n'est pas allégué que la décision attaquée soit entachée de détournement de pouvoir. »

La formule de cet arrêt témoigne d'un contrôle juridictionnel minimum. Le juge administratif admet presque toujours la concordance entre l'intérêt du service et les besoins du pays. Il n'en est autrement et la présomption ne tombe que dans les hypothèses où il apparaît clairement que l'administration poursuit une fin inavouée,

(38) Sieur Mochet, Rec. Lebon, p. 38.
(39) Gouzonnat, Rec. Lebon, p. 171.

non prévue par le législateur (40). Mais ces hypothèses sont rarissimes et dans la plupart des cas le Conseil d'Etat admet la légalité de la réquisition effectuée au profit d'un service public. C'est ainsi que la réquisition peut valablement intervenir pour l'installation d'un commissariat de police (41), d'un service des ponts et chaussées ou une école d'apprentissage (42), d'une bourse de travail (43), d'une délégation de la jeunesse (44), et, d'une façon générale, pour la continuité d'une œuvre d'utilité publique (45).

En définitive, dans toutes ces hypothèses où les réquisitions sont effectuées au profit du service public, le contrôle juridictionnel est peu poussé. A l'inverse, la censure devient plus approfondie au fur et à mesure que le lien avec le service apparaît plus tenu.

B. — Les réquisitions au profit des fonctionnaires.

L'intérêt des fonctionnaires ne se confond pas nécessairement avec l'intérêt général. Aussi est-il nécessaire de vérifier si la réquisition effectuée au profit d'un fonctionnaire se justifie par les « besoins du pays ». Le législateur de 1938 entend rendre exceptionnelle la pratique des réquisitions. Dès lors, le Conseil d'Etat n'admet la légalité de ce procédé que si l'absence de logement rend impossible ou tout au moins très difficile l'exercice de la fonction. L'arrêt du 29 décembre 1943, Sté Breton et Cie (46), illustre parfaitement la méthode utilisée par la haute juridiction administrative. Après avoir souligné que toute réquisition doit être opérée dans l'intérêt général, le Conseil d'Etat constate que, dans l'espèce, il s'agissait du confort et des commodités de la bénéficiaire seule.

« Considérant qu'il ressort de l'ordre de réquisition attaqué que la réquisition de l'usage de l'immeuble dont la Sté Breton et Cie était locataire est intervenue pour loger l'institutrice de la commune de Saint-Michel-de-Montjoie; considérant qu'il résulte de l'instruction et qu'il n'est d'ailleurs pas contesté par l'administration que cette institutrice, qui n'était pas une réfugiée et qui n'appartenait pas à un service administratif déplacé, était déjà, antérieurement à cette réquisition, pourvue d'un logement à la maison d'école; que la mesure attaquée n'a eu d'autre but que de lui

(40) Ainsi en est-il pour la nationalisation d'une entreprise privée, 6 juin 1947, Sté provençale des constructions navales et autres, Rec. Lebon, p. 253.
(41) C.E. 11 février 1944, Dame Claris et Sabrie, Rec. Lebon, p. 54.
(42) C.E. 8 novembre 1944, Simon, Rec. Lebon, p. 285.
(43) C.E. 24 janvier 1947, Gissenger, S. 1947.III.66.
(44) C.E. 9 juin 1944, Mendailles, Rec. Lebon, p. 168.
(45) C.E. Section 30 juillet 1949, Epoux Grange, Rec. Lebon, p. 413.
(46) Rec. Lebon, p. 311.

permettre de disposer d'une habitation plus vaste pour assurer, outre le logement de sa famille, celui d'une domestique et d'un ouvrier; que, dans ces circonstances, en procédant par voie de réquisition pour donner satisfaction au désir de l'institutrice, le préfet de la Manche a agi pour un autre but que l'intérêt du service. » :

Dans l'arrêt Société Breton, le Conseil d'Etat vérifie bien la correspondance du motif aux « besoins du pays ». Cette vérification est même extrêmement poussée du fait que la réquisition au profit des fonctionnaires ne correspond pas nécessairement à un besoin du pays. Mais le juge de l'excès de pouvoir ne va pas plus loin. Comme le souligne M. Liet-Veaux (47), le Conseil d'Etat n'exerce pas un contrôle de légalité sur la notion de nécessité pour les besoins du pays. La censure porte sur les besoins du pays et non sur la nécessité de recourir, dans les circonstances de l'espèce, au procédé exceptionnel de la réquisition. Il y a simple contrôle du but, non examen de la valeur du motif. Il reste cependant que la censure est plus étendue. Cela tient au fait que le droit du propriétaire ne peut être menacé que dans la mesure où il existe effectivement un besoin de relogement des fonctionnaires. Ce besoin n'étant pas évident, le Conseil d'Etat vérifie soigneusement chaque espèce. C'est ainsi qu'il a admis la légalité des réquisitions effectuées au bénéfice d'un fonctionnaire sans logement (48) ; d'un fonctionnaire déjà logé mais à titre précaire (49) ou de militaires sans logement (50). Par contre constitue un détournement de pouvoir toute décision fondée seulement sur la commodité du bénéficiaire (51).

On constate, en définitive, que si le Conseil d'Etat ne vas pas au-delà du détournement de pouvoir ou de la qualification *in abstracto*, il exerce cependant un contrôle plus poussé lorsque la réquisition est effectuée au profit des fonctionnaires. Il en va de même dans l'hypothèse où les particuliers bénéficient directement de la réquisition.

C. — Les réquisitions au bénéfice des particuliers.

Procédé exceptionnel, la réquisition ne peut profiter à des intérêts particuliers que dans la mesure où ceux-ci se confondent avec

(47) Note au S. 1944.III.25, sous arrêt Mochet, Gouzonnat, Sté Breton et Cie, Veuve Corbeil.

(48) C.E. 2 février 1944, Combrisson, Rec. Lebon, p. 42 ; 25 février 1944, Dame Verger-Veuve Corbeil, Rec. Lebon, p. 68 ; 20 février 1946, Laboure, Rec. Lebon, p. 55 ; 21 janvier 1948, Petit Barbier, Rec. Lebon, p. 28.

(49) C.E. 13 février 1948, Bessis, Rec. Lebon, p. 80.

(50) C.E. 3 décembre 1943, Dame Leris, Rec. Lebon, p. 279.

(51) C.E. 10 avril 1946, Labeyconie, Rec. Lebon, p. 112.

l'intérêt général. Le Conseil d'Etat examine donc minutieusement chaque espèce. La censure devient plus fouillée au fur et à mesure que les hypothèses de détournement de pouvoir se multiplient. Comme le souligne justement M. Gazier, « plus le lien du bénéficiaire avec le service public est tenu, plus le Conseil d'Etat se montre exigeant sur le degré de nécessité de la réquisition attaquée » (52). Sans pour autant exercer un contrôle sur la nécessité de la mesure, le juge de l'excès de pouvoir s'oriente peu à peu dans ce sens. Ainsi décide-t-il que la réquisition au profit d'une famille nombreuse n'est un motif de la nature de ceux prévus par la loi que s'il correspond effectivement à un besoin du pays. L'intérêt général doit apparaître du fait de la présence d'une crise exceptionnelle de logement et du fait que l'immeuble réquisitionné était en partie inoccupé.

« que, dès lors, en requérant l'usage de l'immeuble du sieur Larroque pour y installer une famille nombreuse, alors que cet immeuble était en partie inoccupé et qu'une crise exceptionnelle du logement sévissait à Toulouse, le préfet n'a pas méconnu les dispositions législatives » (53).

D'une manière générale, le Conseil d'Etat vérifie dans chaque cas d'espèce, si des circonstances particulières peuvent justifier la réquisition. Ainsi le logement d'une famille nombreuse dans un appartement de quatre pièces occupé par une autre famille nombreuse ne présente pas, en l'absence de toute circonstance propre à justifier une préférence au profit de la première, un intérêt de nature à le faire regarder comme une prestation répondant aux besoins du pays (54). De même, le Conseil d'Etat annule les réquisitions effectuées en vue de la satisfaction d'un intérêt privé. Ainsi en est-il de celles qui permettent à un particulier d'habiter près de son lieu de travail (55) ou de continuer son commerce dans un nouveau local après avoir été expulsé par décision judiciaire d'un précédent local (56). De même les réquisitions ne peuvent être effectuées pour mettre fin à un litige d'ordre privé. Dans un arrêt du 17 août 1945 (57), le Conseil d'Etat se montre même particulièrement soucieux de protéger les intérêts légitimes des propriétaires contre la pratique abusive des réquisitions. Dans une affaire où le procédé de la loi de 1938 avait été utilisé uniquement pour

(52) GAZIER, « L'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'Etat en matière de réquisition », Etudes et Documents, 1947, p. 69.
(53) C.E. Section 30 juin 1944, Larroque, Rec. Lebon, p. 190.
(54) C.E. 5 juillet 1946, Bres, Tables, p. 452.
(55) C.E. 13 décembre 1946, Givry, Rec. Lebon, p. 306.
(56) C.E. 12 décembre 1944, Marguerit, Rec. Lebon, p. 331.
(57) Touboul, Rec. Lebon, p. 183.

mettre fin à un conflit entre un propriétaire et un locataire, il se prononce en faveur de l'annulation six mois seulement après l'enregistrement de la requête. Cette célérité témoigne du désir d'assurer une protection efficace du droit de propriété dans les hypothèses où ce droit risque d'être sacrifié aux intérêts des particuliers. Les réquisitions effectuées au bénéfice des personnes étrangères au service public donnent lieu à un contrôle approfondi du motif de nature à correspondre à un besoin du pays. Dans un arrêt du 29 novembre 1946 (58), le Conseil d'Etat va même au-delà de l'examen du « motif de nature à ». Il se penche sur la nécessité de la mesure et décide de la légitimité d'une réquisition au bénéfice d'une famille nombreuse dans une ville où sévit une crise exceptionnelle du logement dès lors qu'il ne peut être pourvu à l'hébergement des intéressés sans recourir à une telle mesure. Mais cet arrêt reste isolé. Dans la plupart des cas, le juge administratif ne va pas au-delà de l'examen *in abstracto* du motif, même si cet examen est plus approfondi dans les hypothèses où la réquisition bénéficie à des simples particuliers. Au terme de cette évolution, la thèse légaliste ne peut encore être infirmée. Le juge administratif ne censure que les détournements de pouvoir. La nécessité, l'étendue de la réquisition échappent à son contrôle. Mais à partir de 1945, la censure s'infléchit. Elle porte désormais sur l'appréciation des faits, sur la qualification *in concreto*.

§ 3. — Le contrôle de la qualification « in concreto ».

C'est par l'arrêt Delle et sieur Morand (59), que le Conseil d'Etat inaugure une nouvelle méthode d'investigation en matière de réquisitions. Sans doute, dès 1943, une décision d'avant garde semble orienter le contrôle juridictionnel vers un examen approfondi du motif (60). Mais cet infléchissement n'est pas suivi et il faut attendre 1945 pour que le juge administratif se décide à faire porter son examen sur la notion de nécessité pour les besoins du pays.

Au cas d'espèce la Delle Morand et le sieur Morand avaient déféré au Conseil d'Etat une décision du Préfet des Alpes-Maritimes, en arguant de ce que le regroupement des services du ministère de l'Agriculture à Nice, effectué par cet ordre de réquisition, n'était pas nécessaire pour le fonctionnement de ces services.

(58) Demoiselle Parot, Tables, p. 453.
(59) C.E. 9 novembre 1945, Rec. Lebon, p. 230.
(60) C.E. 29 octobre 1943, Sieur Mayeras, Rec. Lebon, p. 237.

Chargé d'examiner la requête, le Conseil d'Etat pouvait légitimement restreindre son examen au but final de la réquisition. Le juge de l'excès de pouvoir vérifierait alors si le regroupement des services du ministère de l'Agriculture correspondait bien à un besoin du pays, à un but d'intérêt général. Dans l'affirmative, la réquisition serait déclarée légale. Il est à noter que, dans une perspective strictement légaliste, cette censure limitée au but se justifie pleinement. La loi du 11 juillet 1938 ne fournit, en effet, aucune indication sur les motifs qui doivent guider l'autorité investie du pouvoir de réquisition. Dès lors aucun contrôle, hormis celui du détournement de pouvoir, ne peut venir limiter l'exercice d'une compétence discrétionnaire.

Telle n'est pas cependant l'attitude suivie par notre haute juridiction administrative dans l'arrêt Morand. « Considérant, déclare le Conseil d'Etat, que l'ordre de réquisition dont s'agit a eu pour but de grouper dans l'immeuble *sis* 4, rue Foucet, à Nice, divers services dépendant du ministère de l'Agriculture qui étaient auparavant installés dans d'autres locaux, et qui sont dirigés, sous l'autorité et le contrôle du préfet, par des chefs indépendants les uns des autres; qu'il ne résulte pas de l'instruction que ce regroupement ait été nécessaire pour le fonctionnement desdits services; que, dès lors, il ne justifiait pas légalement le recours à une mesure de réquisition; que, dans ces conditions, les requérants sont fondés à demander l'annulation de l'ordre de réquisition contesté en tant qu'il concerne l'appartement occupé par eux ».

Le considérant de cet arrêté est particulièrement révélateur de la méthode suivie par le juge de l'excès de pouvoir. Comme le souligne avec pertinence M. Dinh (61) « le Conseil d'Etat examine tout d'abord le résultat final de la réquisition, le but poursuivi par l'administration requérante, qui est, en l'espèce, le regroupement de certains services dispersés dans des locaux situés en des endroits différents dans la ville de Nice, en vue d'assurer une meilleure coordination de ces services. Il s'agit d'un but d'intérêt général. Le Conseil d'Etat s'en rend compte et son silence est approbatif. Mais il y a une deuxième question. Quelles sont les circonstances qui ont occasionné cette réquisition ? Quelles sont les raisons qui ont prévalu dans l'esprit de l'auteur de la réquisition pour qu'il se décide à la prononcer ? Il s'agit des éléments qui ont précédé l'acte, c'est-à-dire de ses motifs. Le Conseil d'Etat se substitue à l'autorité requérante pour apprécier à sa manière ces motifs et, en l'espèce, il trouve qu'ils ont été mal appréciés. Contrairement à l'opinion de

(61) Note au D. 1946.J.270 sous Delle et sieur Morand.

l'administration, il n'estime pas que ce regroupement réponde à un besoin actuel du pays. Et la réquisition est annulée pour motif incorrect ».

L'arrêt Delle et sieur Morand oriente donc la jurisprudence vers un contrôle de légalité sur la notion de nécessité pour les besoins du pays. Le motif tiré de l'intérêt général est en lui-même insuffisant et le Conseil d'Etat se fait juge du point de savoir si les réquisitions étaient bien « dans les circonstances de l'espèce » nécessaires aux besoins du pays. Or un contrôle aussi étendu n'était nullement impliqué par les termes de la loi du 11 juillet 1938. Tout au contraire ce dernier texte investissait l'autorité administrative d'une liberté totale d'appréciation pour décider de l'opportunité de recourir à la réquisition. Quelles sont donc les raisons pour lesquelles les juge de l'excès de pouvoir se livre, dans ce domaine, à une appréciation rigoureuse des motifs de fait précédant les réquisitions ?

Ces raisons, on pourrait les découvrir en partie dans l'existence d'un décret du 2 novembre 1945. Publié antérieurement à la décision Delle et sieur Morand, ce texte trace le schéma des motifs qui devront inspirer dorénavant les ordres de réquisitions. Toutefois il ne semble pas que le décret du 2 novembre 1945 puisse fournir l'explication désirée. L'arrêt Delle et sieur Morand ne se réfère, en effet, nullement à ce texte. Sans doute la quasi-simultanéité des dates est-elle curieuse (62). Mais elle ne traduit pas pour autant une quelconque influence du décret sur l'arrêt. Tout au plus peut-on dire, à l'instar de M. Ducos-Ader que « ce sont bien deux expressions, l'une jurisprudentielle, l'autre réglementaire, du même souci de vérification des motifs » (63).

Il faut donc chercher ailleurs les raisons du progrès intervenu dans la censure par l'arrêt Delle et sieur Morand. Ces raisons, nous pensons les découvrir dans l'existence au profit de la personne visée par la réquisition d'une situation juridique garantie par la Constitution. Le droit de propriété auquel il est porté atteinte constitue, en effet, pour son bénéficiaire, un droit spécifique. Dès lors, les mesures qui vont directement à l'encontre de l'intérêt légitime du propriétaire doivent être strictement contrôlées. Les réquisitions ne seront donc légales que dans la mesure où elles seront absolument indispensables pour la satisfaction de l'intérêt général. Le juge administratif contrôle strictement cette nécessité. Soucieux de protéger efficacement les particuliers frappés par les réquisitions, le Conseil d'Etat veut restreindre un pouvoir qui, primitivement et de par l'imprécision du législateur de 1938, avait toutes les apparen-

(62) L'arrêt Morand est du 9 novembre 1945.
(63) *Op. cit.*, p. 197.

ces d'un pouvoir discrétionnaire. L'arrêt Delle et sieur Morand s'inscrit, en définitive, dans une ligne de conduite qui tend de plus en plus à instaurer des garanties efficaces au bénéfice des personnes atteintes par les réquisitions.

Mais l'arrêt Delle et sieur Morand ne parachève pas l'effort jurisprudentiel. Le juge de l'excès de pouvoir ne tarde pas en effet à étendre son emprise sur ce que son contrôle laissait subsister à la discrétion de l'autorité administrative. Après avoir examiné la nécessité de la réquisition, il contrôle, à partir de 1947, l'étendue de la réquisition.

§ 4. — Le contrôle de l'étendue de la réquisition.

Dans un arrêt du 17 octobre 1947 (64) le Conseil d'Etat affirme que la nature, l'étendue et la gravité de la restriction édictée par l'ordre de réquisition relèvent de son appréciation. Saisi d'un recours contre un arrêté préfectoral ordonnant la réquisition d'un terrain pour permettre l'installation de deux baraquements destinés à reloger des sinistrés, il reconnaît que le but visé répond en principe à un besoin du pays, mais que la totalité du terrain n'était pas nécessaire pour l'opération projetée. Il annule, par conséquent la réquisition en tant qu'elle portait sur une portion de terrain non indispensable pour l'édification de deux baraquements prévus.

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que le sieur Dupuis n'est pas fondé à prétendre que la réquisition contestée, laquelle a été prononcée par l'administration afin de permettre l'installation de baraques destinées au logement des sinistrés, ne répondait à aucune nécessité. Mais, considérant qu'il ressort des pièces versées au dossier et notamment du rapport de l'architecte communal en date du 8 avril 1946 que l'arrêté attaqué n'a été pris qu'en vue d'assurer l'édification de deux baraquements provisoires qui ont été seuls construits par la suite; qu'il est constant que la réquisition totale du terrain n'était pas nécessaire pour l'installation desdites baraques; que dès lors, le sieur Dupuis est fondé à soutenir que l'ordre litigieux est entaché d'excès de pouvoir en tant qu'il a compris dans la réquisition une portion de terrain qui n'était pas nécessaire pour l'édification et l'utilisation de deux baraques dont s'agit... ».

(64) Dupuis des Cultures, Rec. Lebon, p. 379.

§ 5. — Interprétation de l'évolution jurisprudentielle.

Au terme de cette évolution, constate M. Venezia (65), « tous les éléments d'un ordre de réquisition sont susceptibles de faire l'objet d'un contrôle par le juge administratif. Celui-ci a progressivement transféré à son profit une liberté d'appréciation dont la loi de 1938 autorisait, semble-t-il, l'administration active à se prévaloir.

Force est donc de constater que la doctrine légaliste n'épouse pas, tout au moins dans ce domaine, les solutions jurisprudentielles. Sans doute le fait que le législateur n'ait pas prévu les motifs sur lesquels les réquisitions doivent se fonder constitue une présomption de pouvoir discrétionnaire. Sans doute cette présomption pèse-t-elle sur les premières décisions rendues par le juge de l'excès de pouvoir. Ce dernier hésite à instaurer un contrôle approfondi dans un domaine qui lui semble réservé à l'autorité administrative. Mais peu à peu, il fait preuve de plus de hardiesse et la présomption tombe sous son action. La compétence discrétionnaire est devenue partiellement liée sous l'impulsion du juge de l'excès de pouvoir.

On peut dès lors légitimement s'interroger sur les raisons qui ont poussé le juge administratif à effectuer un tel contrôle. Une première explication tiendrait au fait que le contentieux des réquisitions ne présente aucune difficulté technique majeure. En conséquence aucun obstacle ne s'opposerait à une censure approfondie. En réalité, cette justification n'en est pas une. Deux raisons tendent à le prouver.

Tout d'abord une censure minimum n'est pas nécessairement fonction du caractère technique des mesures à vérifier. Tantôt en effet, le Conseil d'Etat se retranche derrière l'opportunité pour refuser d'apprécier la valeur du motif (66). Tantôt il effectue cette appréciation (67).

Ensuite l'explication tirée du caractère technique des mesures n'a qu'un aspect négatif. Elle rend compte, dans une certaine mesure des hésitations à s'engager sur un terrain pour lequel le juge administratif n'est manifestement pas équipé. Elle ne signifie pas à l'inverse que le Conseil d'Etat fera preuve d'une grande hardiesse toutes les fois que le caractère non technique du contentieux ne formera pas barrage à un contrôle approfondi. Ainsi le contrôle des mesures disciplinaires n'achoppe sur aucune difficulté technique. Il

(65) VENEZIA, *op. cit.*, p. 69.

(66) C.E. Melamede, 27 avril 1951, D. 1951, note P.L.J. concl. Delvolvé. Il s'agissait de l'équivalence de deux emplois administratifs.

(67) C.E. Paoli, 28 juin 1946, S. 1947.3.47, note Ph. R., p. 186. Il s'agissait du caractère définitif d'une affection oculaire.

n'en est pas pour autant aussi étendu que celui des réquisitions effectuées au titre de la loi du 11 juillet 1938. Ces brèves constatations infirment donc nettement l'explication tirée du caractère technique des mesures soumises à la censure juridictionnelle.

Devant l'impuissance de cette première explication, force est de constater que le juge se détermine en tenant compte des situations juridiques, des intérêts mis en présence. Dans une hypothèse où la loi a donné tout pouvoir à l'autorité administrative (et tel est bien le cas de la loi du 11 juillet 1938), le juge administratif effectue une censure approfondie du seul fait que la victime de la réquisition est investie du droit de propriété. Ce droit mérite une protection particulière car il constitue une prérogative essentielle de l'individu. Le Conseil d'Etat, tout comme les tribunaux judiciaires, est soucieux de préserver la propriété privée contre des atteintes injustifiées. Il se montre donc particulièrement attentif et annule en conséquence les réquisitions qui n'apparaissent pas absolument nécessaires à la satisfaction de l'intérêt général.

Telles nous semblent être en définitive les raisons du contrôle approfondi des réquisitions effectuées au titre de la loi du 11 juillet 1938. La situation juridique des destinataires des ordres de réquisition conditionne l'étendue de la censure juridictionnelle. Elle rend compte des restrictions progressives apportées à une compétence discrétionnaire.

De la même façon la situation des administrés fournit, selon nous, la véritable explication du contrôle approfondi effectué en matière de police municipale. Une dernière section consacrée au contentieux de la police municipale, permettra de prouver la véracité de nos affirmations.

Section 3

LE CONTENTIEUX DE LA POLICE MUNICIPALE

L'étude du contentieux de la police municipale nous place dans une hypothèse différente de celles étudiées précédemment. La loi du 5 avril 1884 n'est pas, en réalité, un texte d'habilitation discrétionnaire. Le législateur fournit, en effet, les motifs qui doivent servir à étayer les décisions de police. « Or ces motifs ne sont certainement pas affaire d'opportunité discrétionnaire, parce qu'ils doivent être ceux qu'implique la notion de police et que détermine l'article 97 de la loi de 1884. L'autorité municipale n'en a pas le

libre choix, parce qu'elle ne peut agir que dans un but d'ordre public pour des motifs réels de tranquillité, de sécurité ou de salubrité. Et, dès lors, il appartient nécessairement au juge de l'excès de pouvoir de contrôler non seulement la nature des motifs des décisions de police qui lui sont déférées, mais aussi la réalité matérielle de ces motifs pour s'assurer que l'article 97 n'a pas été violé en tant qu'il subordonne l'exercice du pouvoir de police à une menace réelle de désordres » (68).

Certes la loi de 1884 est imprécise. La notion d'ordre public n'est pas déterminée. Et M. Teitgen après avoir tenté de lui assigner un contenu positif est obligé de reconnaître le caractère éminemment contingent de cette notion. Cependant le législateur fournit suffisamment d'indications pour éviter l'exercice discrétionnaire du pouvoir municipal de police. Ainsi l'arrêt Abbé Olivier (69) affirme, dès 1909, la possibilité pour le juge administratif de refaire après le maire toutes les appréciations de fait auxquelles cet agent a dû se livrer. « Il appartient au Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir en matière de police municipale, non seulement de rechercher si l'arrêté en cause porte sur un objet compris dans les attributions de l'autorité municipale... mais encore d'apprécier, suivant les circonstances de la cause, si l'administrateur n'a pas, dans l'espèce, pris un arrêté ne se justifiant pas par la nécessité de maintenir l'ordre public ».

La loi du 5 avril 1884 implique un tel contrôle. La détermination, même imprécise, des motifs conduit à un contrôle de la réalité des menaces de désordres. La censure porte ici non seulement sur la qualification *in abstracto* mais aussi sur la qualification *in concreto*. Ce double contrôle confirme dès lors la thèse légaliste. Le pouvoir est lié du fait de la détermination des motifs. L'intervention de toute autre considération paraît en conséquence surabondante. L'objection serait valable si le contrôle instauré par l'arrêt Abbé Olivier traduisait les derniers progrès de la censure juridictionnelle. Or l'étude du contentieux de la police municipale prouve que le Conseil d'Etat peut aller au delà du double contrôle de la qualification *in abstracto* et *in concreto*. Il faut bien voir, en effet, que le juge administratif saisi d'un recours contre un arrêté de police municipale peut se poser trois questions :

Les circonstances de fait ne révèlent-elles pas un détournement de pouvoir ?

Les motifs de l'arrêté sont-ils « dans les circonstances de l'espèce » de nature à justifier la décision attaquée ?

(68) Teitgen, *op. cit.*, p. 241.
(69) C.E. 15 février 1909, Rec. Lebon, p. 186.

L'objet de la décision est-il proportionné à ses motifs ?

La réponse aux deux premières questions correspond au double contrôle de la qualification *in abstracto* et *in concreto*. Elle est celle qui est donnée par le juge administratif dans l'arrêt Abbé Olivier. Eu égard aux termes de la loi de 1884, le Conseil d'Etat se reconnaît le droit de vérifier si l'activité réglementée est bien, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, dangereuse pour l'ordre public. Il apprécie donc si la mesure était nécessaire à la sauvegarde de l'ordre public. Mais il ne va pas au delà de ce contrôle de la nécessité. La troisième question échappe à son ressort. Or, en réalité, c'est dans la réponse à cette dernière question que le juge administratif se substitue intégralement à l'autorité exécutive. Le pouvoir discrétionnaire dans l'acte administratif se manifeste, en effet, par une libre correspondance entre l'objet de l'acte et ses motifs.

La liberté de l'autorité administrative disparaît donc totalement si le juge apprécie la correspondance entre une décision et les faits qui la conditionnent. Dans le domaine de la police municipale la liberté du maire cesse dans la mesure où le Conseil d'Etat vérifie si les restrictions apportées aux droits des intéressés sont bien proportionnées à la gravité du danger pour l'ordre public. Notamment, si le juge de l'excès de pouvoir affirme que l'autorité municipale disposait dans une hypothèse déterminée d'un autre moyen que celui utilisé au cas d'espèce, on peut prétendre sans risque d'erreur qu'une telle affirmation conduit à une restriction notable de la liberté de l'administration.

Or, ce contrôle de la correspondance entre l'objet de l'acte et ses motifs est opéré dans les hypothèses où l'administré est pourvu d'un statut juridique garanti par la loi ou la Constitution. « A l'inverse d'ailleurs, le Conseil d'Etat peut relâcher son contrôle des faits quand le droit invoqué par le requérant n'est qu'une simple tolérance parce qu'une possibilité lointaine de désordres suffit dans ce cas d'après sa jurisprudence à justifier la mesure prise par le maire et que cette possibilité très lointaine peut ressortir d'un examen très sommaire des circonstances. » (70).

C'est dire que l'intensité du contrôle varie en fonction de la situation juridique du destinataire de l'acte. Le contrôle maximum s'effectue chaque fois qu'une atteinte est portée à une liberté définie par la loi ou garantie par la Constitution. Quelques exemples vont nous permettre de prouver la véracité de cette affirmation.

(70) TEITGEN, *op. cit.*, p. 258.

§ 1. — La police municipale et la liberté de réunion.

La liberté de réunion est l'une de celles qui sont les mieux organisées et les plus garanties par la loi. Reprenant la tradition libérale de la Constitution de 1791, le législateur de 1881 organise un régime de complète liberté. Au terme de l'article 1er de la loi du 30 juin 1881, « Les réunions publiques sont libres ». Mais ce système de liberté ne préjuge en rien des droits de la police municipale. Notamment le maire peut toujours interdire à titre préventif une réunion publique. Cependant, pour être valable, l'interdiction doit apparaître comme le seul moyen propre à sauvegarder efficacement l'ordre public. Le Conseil d'Etat se montre particulièrement rigoureux dans l'appréciation de la nécessité de l'interdiction.

Dans une espèce où il y avait effectivement menace à l'ordre public, il annule néanmoins une mesure d'interdiction au motif que cette mesure n'était pas proportionnée à la gravité du danger.

« Considérant que pour interdire les conférences du sieur René Benjamin, figurant au programme de galas littéraires organisés par le syndicat d'initiative de Nevers, qui présentaient toutes deux le caractère de conférences publiques, le maire s'est fondé sur ce que la venue du sieur René Benjamin à Nevers était de nature à troubler l'ordre public; considérant qu'il résulte de l'instruction que l'éventualité de troubles, alléguée par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre; que, dès lors, sans qu'il y ait lieu de statuer sur le moyen tiré du détournement de pouvoir, les requérants sont fondés à soutenir que les arrêtés attaqués sont entachés d'excès de pouvoir. » (71).

La formule utilisée dans l'arrêt Benjamin est révélatrice des tendances jurisprudentielles. Dans cette espèce, les menaces à l'ordre public existaient réellement. La venue du conférencier, suspect d'opinions extrémistes, avait provoqué de violentes réactions de la part des instituteurs. Ces derniers menaçaient d'organiser des contre-manifestations afin de s'opposer à la conférence projetée. De plus, le maire de Nevers pouvait légitimement invoquer à l'appui de la mesure d'interdiction une série de précédents qui avaient marqué les conférences organisées par le sieur Benjamin. L'interdiction paraissait donc en droit comme en fait parfaitement justi-

(71) C.E. Assemblée, 19 mai 1933, Benjamin, S. 1933.III.55, conclusions de M. Michel.

fiée. Limité à un contrôle de la qualification *in concreto*, le Conseil d'Etat ne pouvait que justifier la mesure prise.

Une telle attitude n'aurait rien eu d'insolite. Elle aurait correspondu en tous points à la jurisprudence qui laisse aux maires de larges pouvoirs de réglementation en matière de tranquillité publique ou en matière de spectacles cinématographiques. Elle se serait inscrite logiquement dans la ligne de la jurisprudence Abbé Olivier.

Dans l'arrêt Benjamin, le Conseil d'Etat rompt cependant avec la méthode traditionnelle. Il dépasse le contrôle de la qualification *in concreto*, contrôle impliqué par la loi du 5 avril 1884. Le juge de l'excès de pouvoir inaugure une nouvelle méthode d'investigation. Les raisons de cette innovation tiennent selon nous à l'importance de la liberté en cause. Le sieur René Benjamin avait un droit spécifique à opposer à l'exercice du pouvoir municipal. L'étendue de ce droit conditionne un contrôle approfondi. Le Conseil d'Etat vérifie si le maire ne disposait pas d'un autre moyen que l'interdiction. Cette dernière doit être rigoureusement proportionnée à la gravité du péril. Au cas d'espèce, cette proportion n'apparaît pas. Comme le remarque le commissaire du gouvernement Michel, le maire de Nevers disposait d'autres moyens que l'interdiction pure et simple. Cette unique considération motive l'annulation. L'arrêt Benjamin témoigne donc de l'importance que revêt le statut juridique du destinataire de l'acte dans l'intensité du contrôle effectué par le juge de l'excès de pouvoir.

L'arrêt Benjamin n'est pas une espèce isolée. Une série d'arrêts postérieurs a décidé qu'il n'était pas établi que la réunion interdite puisse menacer l'ordre public dans des conditions telles qu'il ne put être paré à tout danger par des mesures de police appropriées (72). Significative est, à cet égard, la formule de l'arrêt Bujadoux du 5 février 1937 (73). S'agissant de l'interdiction d'un banquet médical, le Conseil d'Etat relève « qu'il n'est même pas allégué que le préfet avec les forces de police qu'il avait à sa disposition n'eut pas les moyens de maintenir l'ordre au cas où quelque mouvement se serait produit ».

En définitive, dans le domaine des atteintes à la liberté de réunion, le Conseil d'Etat en arrive à tenir compte du contenu de

(72) Vromet et autres, 29 octobre 1935, Rec. Lebon, p. 993 ; Bouchez, 9 mars 1938, Rec. Lebon, p. 245 ; Blum, 9 mars 1938, Rec. Lebon, p. 246 ; Vercherin, 7 juin 1939, Rec. Lebon, p. 375 ; Alliance monarchique du Bassin de l'Escaut, 20 février 1942, Rec. Lebon, p. 59 ; J.I.C.F. 5 mars 1948, Rec. Lebon, p. 121 ; Houphouet Boigny, 19 juin 1953, Rec. Lebon, p. 298 ; 29 juillet 1953, Demazière, Rec. Lebon, p. 407 ; 23 janvier 1953, Naud, S. 1953.III.46.

(73) Rec. Lebon, p. 153.

la mesure prise. « Celle-ci doit être proportionnée à la gravité des troubles dont l'existence et la nature conditionnent l'édiction de cette mesure. » (74). A tel motif doit correspondre telle mesure. A un faible désordre, une interdiction partielle. A un désordre grave, une interdiction totale. Cette détermination jurisprudentielle du contenu de la norme aboutit à la suppression de toute liberté. Sans doute le maire peut encore décider librement de son action ou de son abstention sous réserve que cette dernière ne s'avère pas fautive (75). Mais une fois qu'il a agi, il ne lui reste aucune liberté quant au contenu de la norme posée. Le Conseil d'Etat vérifie en effet soigneusement la proportion existante entre la mesure d'interdiction et les motifs qui la conditionnent. Cette vérification, ce véritable contrôle de l'opportunité ne sont nullement impliqués par les termes de la loi municipale. La thèse légaliste s'avère insuffisante pour rendre compte des progrès du contrôle juridictionnel. Force est donc de reconnaître que c'est le statut juridique du destinataire de l'acte qui conditionne l'ampleur de la censure. La liberté de réunion est suffisamment garantie par la loi pour que dans le conflit qui peut l'opposer au pouvoir de police municipale, le juge administratif n'essaie pas de la concilier au mieux avec les exigences inhérentes au maintien de l'ordre public.

Les mêmes considérations justifient un contrôle analogue en matière de liberté de la presse.

§ 2. — La police municipale et la liberté de la presse.

Les garanties qui découlent de la loi du 29 juillet 1881 impliquent comme en matière de liberté de réunion un contrôle approfondi. Saisi d'une mesure portant atteinte à la liberté de la presse, le juge de l'excès de pouvoir vérifie si l'atteinte est proportionnée à la gravité du péril. Dans la négative, il annule la mesure comme n'étant pas indispensable au maintien de l'ordre public. Le tribunal des conflits adopte les mêmes solutions. L'importante décision du tribunal des conflits « Sté du Journal de l'Action Française c/ Bonnefoy Sibour (76) témoigne d'un contrôle équivalent à celui exercé par le juge de l'excès de pouvoir.

« Considérant que la saisie des journaux est réglée par la loi du 29 juillet 1881; que s'il appartient aux maires et à Paris au

(74) Dubisson, *op. cit.*, p. 198.
(75) Sur le problème de l'abstention, v. Dubisson, *op. cit.*, p. 203.
(76) T.C. 8 avril 1935, S. 1935.3.76, concl. Josse.

préfet de police de prendre les mesures nécessaires pour assurer le maintien du bon ordre et la sûreté publique, ces attributions ne comportent pas le pouvoir de pratiquer par voie de mesures préventives, la saisie d'un journal sans qu'il soit justifié que cette saisie ordonnée d'une façon aussi générale que celle qui résulte du dossier, partout où le journal sera mis en vente, tant à Paris qu'en banlieue, ait été indispensable pour assurer le maintien ou le rétablissement de l'ordre public; que la mesure incriminée n'a ainsi constitué dans l'espèce qu'une voie de fait entraînant la compétence de l'autorité judiciaire... »

Ainsi, le tribunal des conflits adopte les mêmes solutions que le Conseil d'Etat. Il souscrit pleinement aux conclusions du commissaire du gouvernement Josse qui lui demandait d'adopter le même principe que celui dégagé par l'arrêt Benjamin. Le tribunal des conflits n'admet la légalité d'une saisie que dans la mesure où elle apparaît indispensable au maintien de l'ordre public. Dans la négative (et tel est bien le cas de l'espèce), la saisie n'est plus qu'une voie de fait qui ressortit à la compétence du tribunal judiciaire.

C'est dire que le régulateur suprême des compétences se montre aussi soucieux de protéger la liberté de la presse que la haute juridiction administrative. La concordance des formules employées dans l'arrêt Benjamin et l'arrêt Action Française traduit le désir du juge de ne légitimer que certaines atteintes aux libertés garanties par la loi : celles qui sont indispensables à la sauvegarde de l'ordre public. On retrouve donc en matière de liberté de la presse l'importance du statut juridique du destinataire de l'acte. Selon la formule de M. Teitgen (77) : « En toute hypothèse et pour toute liberté, l'étendue des pouvoirs du maire dépend, non seulement de la gravité du désordre à éviter, mais aussi (et surtout) du souci plus ou moins grand qu'a eu le législateur d'assurer le respect de la liberté en cause. »

Enfin, l'étude des atteintes à la liberté du travail va permettre de situer avec exactitude l'importance de la situation juridique du destinataire de l'acte dans l'intensité du contrôle effectué par le juge de l'excès de pouvoir.

§ 3. — La police municipale et la liberté du travail.

Parmi l'abondant contentieux occasionné par les atteintes à la liberté du travail, la fermeture des usines en cas de grève fournit un excellent exemple à notre démonstration. La jurisprudence décide

(77) *Op. cit.*, p. 455.

en effet que s'il appartient aux autorités de police de procéder, en cas de grève, à la fermeture temporaire des usines ou chantiers, et à leur occupation par la force publique, c'est à la condition que cette mesure, qui porte atteinte à la liberté du travail et au droit de propriété, se justifie par la menace de troubles graves et apparaisse comme le seul moyen de sauvegarder l'ordre public.

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que la grève survenue dans les chantiers des requérants, au cours du conflit collectif du travail qui les opposait à leurs ouvriers était de nature à entraîner des troubles graves; que, dans les circonstances de l'affaire, eu égard notamment à l'étendue des chantiers et à la configuration des lieux, le préfet, agissant comme agent de l'Etat dans l'exercice de ses pouvoirs de police, a pu légitimement estimer que la fermeture temporaire des chantiers dont s'agit constituait le seul moyen de sauvegarder l'ordre public. » (78).

Dans cette espèce, il y a bien contrôle de la correspondance entre l'objet de l'acte et ses motifs. Le juge administratif détermine le contenu de la mesure qu'il convient de prendre. L'autorité administrative ne peut décider la fermeture temporaire que si, eu égard à l'étendue des chantiers et à la configuration des lieux, cette mesure « constituait le seul moyen de sauvegarder l'ordre public ». Le juge de l'excès de pouvoir dépasse nettement le simple contrôle de la qualification *in abstracto* et *in concreto*. Une censure moyenne ne postule qu'un simple examen de la réalité des motifs de désordre.

Au cas d'espèce, il eût suffi que la grève pût engendrer des troubles à l'ordre public pour que la fermeture fût déclarée légale. Telle n'est pas cependant l'attitude du Conseil d'Etat. Il se fait juge du point de savoir si le préfet ne disposait pas d'autres moyens pour sauvegarder l'ordre public. Les raisons de cette attitude ne découlent pas d'une quelconque obligation légale préexistante. La loi du 5 avril 1884 n'implique qu'un contrôle de la qualification *in concreto*. Elle ne postule nullement une vérification de la proportion existante entre la décision de police et les menaces à l'ordre public qui la conditionnent.

Force est donc de reconnaître que le Conseil d'Etat prend en considération l'importance de la liberté à laquelle il est porté atteinte. La fermeture, même temporaire, d'usines préjudicie non seulement à la liberté du travail mais aussi au droit de propriété. Ces deux libertés sont fortement garanties par la Constitution. Il s'ensuit que le Conseil d'Etat exerce un contrôle approfondi afin

(78) C.E. Ass. 8 janvier 1943, Sté entreprise Léon Ballot et autres, Rec. Lebon, p. 5.

d'assurer une protection efficace des droits des administrés. Les restrictions apportées au pouvoir de police municipale sont donc étroitement fonction du statut juridique des administrés.

D'une manière générale, cette affirmation est corroborée par l'étude des autres libertés publiques définies par la loi. Ainsi la liberté des funérailles a été reconnue par la loi du 15 novembre 1887. Le Conseil d'Etat exige donc que la crainte de désordre soit d'une particulière gravité pour qu'elle puisse justifier des arrêtés interdisant le transfert d'un corp dans un cimetière. Il a ainsi annulé l'arrêté d'un maire interdisant à des parents de faire transférer au cimetière de la commune le corps de leur enfant, alors que, compte tenu des conditions dans lesquelles devait avoir lieu le transfert du corps, sans aucun appareil, l'éventualité de troubles alléguée par le maire à l'appui de sa décision ne présentait pas un caractère de gravité tel qu'il fut impossible, sans interdire l'inhumation, de maintenir l'ordre en édictant des mesures de police appropriées (79). Les mêmes formules se retrouvent dans les arrêts relatifs à la liberté du colportage (80). Au contraire, lorsque l'atteinte est portée à une simple faculté ou à une liberté peu définie par le législateur, le Conseil d'Etat admet beaucoup plus facilement l'existence et la gravité des motifs d'ordre public invoqués par le maire à l'appui de sa décision. Le juge de l'excès de pouvoir n'exerce alors qu'un contrôle de la qualification *in concreto* (81).

CONCLUSION

On peut maintenant tenter de dégager les conclusions de l'étude de cette jurisprudence. Le contrôle juridictionnel des mesures de police présente essentiellement deux caractères. Tout d'abord, il revêt la forme d'un contrôle normal. A ce stade, le juge de l'excès de pouvoir effectue une double censure de la qualification *in abstracto* et *in concreto*. Ce contrôle découle de la loi du 5 avril 1884. Ce texte n'est qu'en apparence discrétionnaire. En réalité, et nous l'avons souligné, le législateur détermine les motifs qui doivent ser-

(79) Cf. Epoux Permingeat, 4 mars 1949, S. 1950.3.32 ; voir aussi 8 mars 1939, Allanic, Rec. Lebon, p. 146 ; 18 mars 1932, Bertrand, Rec. Lebon, p. 345.

(80) Dauvergne, 28 janvier 1938, S. 1938.3.47 ; Pénicaud, 30 novembre 1928, S. 1929.3.1.

(81) Cf. pour une exhumation, simple faculté, Morard, 7 mai 1937, S. 1937.3.128 et la note.

vir à étayer les décisions de police. Cette détermination, si imprécise soit-elle, permet au Conseil d'Etat de rechercher dans les circonstances de l'espèce, s'il existait réellement des menaces à l'ordre public susceptibles de rendre compte de la nécessité de la mesure prise. Le juge de l'excès de pouvoir limite la compétence de l'autorité municipale dans une hypothèse de détermination des motifs. A ce stade, la thèse légaliste permet de rendre compte des solutions jurisprudentielles.

Mais la thèse légaliste s'avère impuissante à expliquer l'intensité du contrôle juridictionnel sur les mesures de police portant atteinte à des libertés publiques définies par la loi ou garanties par la Constitution.

Et c'est là le second caractère du contrôle : contrôle maximum portant sur la correspondance entre l'objet de l'acte et ses motifs dans les seules hypothèses où le destinataire de la mesure de police jouit d'une liberté reconnue par la loi et garantie par la Constitution. Les atteintes à la liberté de réunion témoignent notamment du souci qu'a le juge de tenir compte du statut juridique auquel la police municipale vient porter préjudice. L'intensité de ce dernier contrôle vient donc restreindre ce qui pouvait subsister de liberté au profit de l'agent municipal. Cette limitation ne découle nullement d'une règle légale préexistante. Elle traduit seulement l'importance de la situation juridique du destinataire de l'acte. Le juge tranche essentiellement un conflit d'intérêts. Dans la solution qu'il y apporte, il essaie d'instaurer un équilibre entre l'intérêt général et les intérêts particuliers. Ce souci d'aboutir à une conciliation est d'autant plus grand que l'intérêt des particuliers est plus important. L'intérêt des particuliers (dont les droits ou libertés ne sont que la traduction) fournit donc la variable qui explique et légitime l'intensité du contrôle juridictionnel des mesures de police municipale.

CONCLUSION DU CHAPITRE III

L'étude des mesures relatives aux administrés traduit l'importance de la situation juridique du destinataire de l'acte dans l'étendue du contrôle juridictionnel. Dans ce domaine, le Conseil d'Etat exerce un contrôle maximum. Il vérifie l'adaptation d'une mesure à ses motifs. Il le fait dans chaque hypothèse où l'administré est

investi d'un droit ou d'une liberté définis ou garantis par la loi ou la Constitution.

L'importance de cette explication ne nous semble pas pouvoir être infirmée. En effet, nous avons prouvé que la thèse légaliste était à la fois inexacte et insuffisante.

Inexacte tout d'abord parce qu'elle s'avère impuissante à rendre compte du progrès de la censure dans une hypothèse d'absence totale des motifs. Le contentieux des mutations immobilières, celui des réquisitions, démontrent l'inexactitude d'une théorie qui voit dans l'indétermination de la règle le signe du pouvoir discrétionnaire.

Insuffisante enfin parce que la thèse légaliste, capable d'expliquer un contrôle normal, est radicalement impropre à justifier un contrôle maximum. La détermination rigoureuse du contenu de la norme, l'appropriation de la norme à une fin déterminée ne trouvent aucune justification dans l'existence de la règle légale. La loi du 5 avril 1884 implique un contrôle de la qualification *in concreto*. Elle ne postule pas un examen de la correspondance entre une mesure et ses motifs.

De la même façon, l'explication tirée du caractère technique des mesures contrôlées ne fournit aucune solution satisfaisante au problème. La technicité de certaines mesures rend peut-être compte des obstacles à la censure. Elle joue d'une manière négative. Mais elle est impropre à justifier l'intensité du contrôle dans le contentieux relatif aux administrés. En fonction de quels facteurs le Conseil d'Etat exerce-t-il sa censure ? De quels éléments tient-il compte pour effectuer un contrôle aussi approfondi ? Autant de questions qui ne peuvent être résolues par le simple appel au caractère technique des mesures contrôlées.

Force est donc de reconnaître le bien fondé de notre thèse. Elle seule s'avère capable de rendre compte des solutions jurisprudentielles.

En outre, notre thèse ne présente rien qui puisse choquer ou surprendre. Déjà, M. Teitgen (82) reconnaissait que l'intensité du contrôle exercé par le juge de l'excès de pouvoir varie avec le contenu de l'arrêté et la gravité des restrictions qu'il apporte aux droits des particuliers. De la même façon, M. Dubisson (83) admet que « la sévérité d'appréciation du Conseil d'Etat est fonction de la valeur juridique de la liberté réglementée ». Enfin, M. Vénézia, dans un chapitre consacré au contrôle juridictionnel du pouvoir

(82) *Op. cit.*, p. 258.
(83) *Op. cit.*, p. 170.

de police municipale (84) remarque « que le droit du maire dépende de la valeur juridique du droit ou de la liberté qui lui est opposé, voilà qui laisse entendre que ce qui détermine le contrôle du juge, c'est l'existence, en la personne du requérant, d'un droit ou d'une liberté ». Poursuivant son raisonnement, M. Vénézia conclut que ce n'est que dans la mesure où le pouvoir de police municipale se heurte à un droit ou à une liberté qu'il est soumis à un contrôle juridictionnel approfondi.

En définitive, tant la jurisprudence que la doctrine militent en faveur de notre thèse. Le pouvoir discrétionnaire se restreint toutes les fois qu'il est porté atteinte au statut juridique de l'administré. L'étude du contentieux relatif aux administrés révèle donc l'importance de la situation juridique du destinataire de l'acte dans l'étendue du contrôle juridictionnel.

(84) *Op. cit.*, p. 64.

CONCLUSION DU TITRE II

L'examen du rôle joué par la situation juridique du destinataire de l'acte dans l'étendue du contrôle juridictionnel pourrait faire croire que le juge administratif ne se soucie pas des intérêts légitimes de l'administration, qu'il prend seul en considération les intérêts des administrés.

Une telle interprétation fausserait gravement le sens de notre thèse.

Prétendre que la situation juridique du destinataire de l'acte limite, au plan contentieux, l'action de l'administration n'est pas pour autant affirmer que le juge de l'excès de pouvoir méconnait l'intérêt général du service.

La situation juridique du destinataire de la mesure administrative varie en effet, selon les différentes catégories précédemment dégagées.

Pour la catégorie des étrangers, elle est particulièrement faible. Pour celle des agents publics, la situation juridique est telle qu'elle assure une nette prédominance de l'intérêt général sur l'intérêt du fonctionnaire. Aussi dans ce secteur, le juge de l'excès de pouvoir reconnaît une marge importante de liberté au profit du supérieur hiérarchique.

En fait, ce n'est que dans le dernier secteur, celui des administrés, que le juge administratif restreint la liberté d'action de l'administration. Mais il faut bien voir que cette restriction ne provient pas d'un désir systématique de limiter l'administration. Elle procède plus simplement du souci d'assurer un équilibre entre les droits de l'Etat et ceux des particuliers.

Le problème de l'exercice des compétences se présente comme un conflit de droits où se heurtent la liberté d'action reconnue à l'administration et le droit au respect de la situation juridique du destinataire.

Dans ce conflit, le juge tient compte de l'existence au profit des administrés de libertés et de droits garantis par la loi ou la Constitution. Ce souci du respect de la situation juridique du destinataire de l'acte explique les solutions jurisprudentielles.

En définitive, la liberté de l'administration dans l'exercice de sa compétence est limitée partiellement par la liberté et les droits des particuliers.

CONCLUSION DU LIVRE I

Au terme de cette étude, il importe de mettre en évidence l'aspect fondamental de la notion de compétence.

Loin d'être un privilège, la compétence est apparue comme une obligation pour l'autorité administrative. Nous avons en effet constaté que l'agent public ne disposait d'aucun droit sur sa compétence, qu'il ne pouvait ni la céder ni renoncer à l'exercer. De plus, nous avons vu que même dans l'hypothèse d'une indétermination législative, la liberté de l'administration était limitée par la situation juridique du destinataire de la mesure administrative.

La compétence est donc un pouvoir *étroitement conditionné*. Elle dépend de la volonté du législateur; elle est restreinte au plan contentieux par les droits et libertés des particuliers.

Il semble dès lors que la conception de M. Rivero soit exacte et qu'on puisse parler de « servitude publique », « d'administration ligotée ».

En réalité, la théorie de M. Rivero, si elle a le mérite de mettre l'accent sur les sujétions qui pèsent sur l'autorité administrative, doit cependant être corrigée.

Prétendre que le terme de compétence évoque une action soumise à des sujétions qui ne s'imposent pas à la liberté des particuliers est certes exact. Mais cette conception ne rend pas compte du privilège, de la prérogative inhérente à la notion même de compétence. La compétence est un pouvoir de vouloir, d'imposer unilatéralement des obligations aux particuliers. Parler dès lors de « servitude publique » semble pour le moins exagéré.

La compétence est, en fait, une notion à double face. Elle est à la fois prérogative et sujétion. C'est un pouvoir qui est donné pour rendre service. L'intérêt général constitue, en dernière analyse, le fondement de la compétence. Il rend compte à la fois des prérogatives et des sujétions. Il implique une action orientée dans

une direction qui ne peut être laissée à la fantaisie de l'agent public. Il postule des limites à l'exercice du pouvoir.

Prérogative et sujétion, la compétence apparaît donc comme un pouvoir conditionné dont la fin n'est somme toute que d'assurer un équilibre entre les droits de l'Etat et les droits des particuliers.

Pouvoir conditionné, la compétence aboutit à la création d'obligations juridiques. Mais ces obligations ne valent que dans la sphère de la légalité générale.

L'organisation et le fonctionnement des services publics impliquent cependant l'existence de pouvoirs dont l'exercice est restreint à la vie intérieure de l'administration. Les pouvoirs d'ordre intérieur constituent ainsi une seconde manifestation du pouvoir unilatéral de l'administration. Il importe donc d'en préciser les caractères et la nature.

Tel sera l'objet d'une deuxième partie.

LIVRE II

LES POUVOIRS DANS L'ORDRE INTÉRIEUR

Il existe une vie intérieure de l'administration. L'organisation et le fonctionnement des services publics, les relations quotidiennes entre les supérieurs et les inférieurs sont autant de phénomènes qui, pour être internes à l'administration, n'en traduisent pas moins une réalité incontestable.

L'existence d'une vie intérieure des services publics (1) implique la reconnaissance de pouvoirs dont les effets sont limités au plan de la hiérarchie et à celui de l'organisation des services. Cette double limitation permet de circonscrire le champ de notre étude.

Par pouvoirs d'ordre intérieur, nous entendons étudier les pouvoirs qui prennent effet soit dans la sphère des relations hiérarchiques soit dans le domaine de l'organisation et du fonctionnement des services publics.

Ces pouvoirs se répartissent selon deux modalités principales.

Tout d'abord, la présence, au sein de notre organisation administrative d'une pyramide hiérarchique, implique pour le supérieur la possibilité d'exercer un pouvoir de direction sur ses inférieurs. Ce pouvoir que nous qualifierons de pouvoir sur les agents se traduira aussi bien par l'émission de directives, d'instructions que par des modifications dans l'emploi.

(1) Voir sur ce point RIVERO, « Les mesures d'ordre intérieur administratives. Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics », Thèse, Paris, 1934.

D'autre part, les nécessités inhérentes au fonctionnement et à l'organisation des services publics, postulent l'existence au profit d'un chef d'un pouvoir général de réglementation. Ce pouvoir, appelé pouvoir sur le service, se manifestera par un ensemble de mesures réglementaires ou individuelles touchant à l'organisation des services.

Ces deux branches du pouvoir d'ordre intérieur semblent dès lors profondément différentes. En effet, d'une part la catégorie des destinataires n'est pas la même dans les deux pouvoirs. Les pouvoirs sur les agents ne concernent par définition que les agents publics. Seuls ces derniers sont soumis au principe hiérarchique. La subordination qu'il implique ne se conçoit pas en dehors du cadre défini des agents publics. Au contraire, le pouvoir du chef de service ne se limite pas à la catégorie des fonctionnaires. Pouvoir de réglementation et d'organisation, il s'appliquera nécessairement à la catégorie plus vaste des collaborateurs et des usagers du service public.

D'autre part, le pouvoir sur les agents se différencie des pouvoirs sur le service par son titulaire. Certes, cette opposition n'est pas totale. A l'échelon supérieur de la hiérarchie, l'identité des titulaires se retrouve dans la personne du ministre. Chef d'un département ministériel, le ministre est à la fois le chef de service par excellence et le chef suprême de la hiérarchie.

Mais cette confusion n'existe que dans la personne du ministre. Au-dessous de lui, le pouvoir des divers supérieurs hiérarchiques sur leurs subordonnés est limité par leur propre soumission à l'autorité de leurs supérieurs alors que le pouvoir du chef de service conserve une certaine autonomie.

Comme le souligne fort justement M. Rivero (2), « le pouvoir du chef de service ne suit pas le dessin de la hiérarchie. A ses divers degrés, il se retrouve identique dans sa formule : tout ce qui est nécessaire au bon fonctionnement du service. Chaque chef de service, quelle que soit sa place dans la hiérarchie, a, au moins un pouvoir équivalent à celui des autres chefs de service, fussent-ils situés plus haut dans l'échelle hiérarchique... ».

En fait, quelle que soit l'importance de ces différences, le pouvoir sur les agents comme le pouvoir sur le service possèdent une particularité commune. En effet, l'un comme l'autre ne peuvent produire des obligations juridiques valables pour l'universalité des citoyens. Le pouvoir sur les agents règle les relations hiérarchiques mais ne touche pas à la situation légale personnelle du fonc-

(2) RIVERO, note sous C.E. 7 février 1936, Jamart, S. 1937.3.113.

tionnaire. Le pouvoir du chef de service est circonscrit au problème de l'organisation et du fonctionnement des services publics.

Ces effets limités au plan de la vie intérieure de l'administration soulèvent dès lors le problème de leur nature. La majorité de la doctrine (3) dénie tout caractère juridique aux pouvoirs d'ordre intérieur. Pour leur refuser l'accès au monde juridique, de nombreux auteurs soutiennent que les mesures prises en vertu des pouvoirs d'ordre intérieur ne constituent pas des décisions exécutoires et qu'elles ne peuvent dès lors faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Ainsi, pour Rolland (4), le pouvoir d'instruction serait un simple pouvoir de fait puisqu'il se manifeste, non par des décisions exécutoires, mais par « des indications et des conseils donnés d'une manière plus ou moins pressante, des conseils impératifs ».

A l'opposé de ce courant majoritaire se situe M. Rivero (5). Pour l'éminent auteur, les mesures d'ordre intérieur traduisent l'existence d'un ordre juridique subordonné mais distinct. Il semble dès lors possible d'inscrire les pouvoirs d'ordre intérieur dans cette orbite para-juridique, dans cette « légalité intérieure ».

Pouvoirs juridiques, pouvoirs de fait, tel est donc le problème.

Sa solution n'est pas dénuée d'intérêt. En effet sur le plan théorique, la réponse à une telle question permet un approfondissement de la notion de pouvoir juridique. La qualification « pouvoir de fait » ou « pouvoir juridique » ne peut être effectuée qu'en fonction de certains critères de « juridicité ». Si ces critères s'avèrent impuissants à rendre compte de toutes les solutions il deviendra nécessaire d'en dégager d'autres, de creuser en quelque sorte la définition du pouvoir juridique. De plus et sur un plan essentiellement pratique, il n'est pas négligeable de prendre parti sur le caractère juridique ou non juridique des pouvoirs d'ordre intérieur. Selon la qualification apportée, c'est tout un secteur de la vie administrative qui échappe au recours contentieux ou qui subit au contraire l'amorce d'un contrôle juridictionnel.

Le problème s'avère dès lors particulièrement intéressant. Pour le résoudre, il importe de se tenir aussi près que possible des données jurisprudentielles. Seul un examen attentif de la jurisprudence peut permettre d'apporter quelques éclaircissements au problème de la nature des pouvoirs d'ordre intérieur. Puis, dans un deuxième temps, il s'agira de confronter les solutions jurisprudentielles

(3) Alibert, « Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir », Paris, 1926 ; Jèze, R.D.P. 1906, p. 246 et s. ; Duguit, « Droit Constitutionnel », Ed. 1923, p. 273.

(4) Rolland, « Précis de droit Administratif », 11e éd. 1957, p. 105.

(5) *Op. cit.*, p. 369 et suiv.

tielles à la définition de la compétence des autorités administratives. Cette confrontation permettra de rendre compte de la similitude ou des différences existantes entre les pouvoirs d'ordre intérieur et les pouvoirs juridiques. Un tel examen ne sera pourtant pas suffisant pour préciser la nature des pouvoirs s'exerçant dans la vie intérieure des services publics.

La définition de la compétence ne constitue pas l'unique critère entre le pouvoir juridique et le pouvoir de fait. Valable pour la sphère des rapports administration-administrés, elle peut s'avérer imparfaite à rendre compte de tous les problèmes. Aussi sera-t-il nécessaire de descendre plus loin dans l'analyse de la nature des pouvoirs d'ordre intérieur.

Une fois précisée la nature des pouvoirs du chef de service et du supérieur hiérarchique, il restera à fixer leur étendue, c'est-à-dire leur exercice. La solution apportée à ce second problème dépendra bien évidemment de la nature que nous aurons assignée à ces deux sortes de pouvoirs. En effet, si nous sommes amenés à leur reconnaître un caractère de pur fait, aucune limite ne sera posée aux pouvoirs du supérieur hiérarchique ou du chef de service. Tout au contraire, s'il est possible de déceler à l'aide de la jurisprudence, certaines traces de « juridicité », leur exercice s'en verra par contre-coup limitée.

Le problème de la nature commande ainsi celui de l'exercice.

Il importe dès lors de dégager, à l'aide de la méthode exposée, la nature des pouvoirs d'ordre intérieur.

Nous serons donc conduits à consacrer un titre 1er à l'étude des pouvoirs sur les agents ou pouvoir hiérarchique de direction. Dans un titre 2, nous serons amenés à nous pencher sur les pouvoirs du chef de service.

TITRE PREMIER

LES POUVOIRS SUR LES AGENTS

Depuis l'an VIII, le principe hiérarchique préside à l'organisation administrative de la France. La superposition, au sein d'une pyramide, de diverses catégories d'agents, implique la reconnaissance au profit d'un supérieur d'un large pouvoir de direction.

Ces pouvoirs sur les agents sont d'une nécessité impérieuse. La bonne marche des services publics postule l'existence d'un commandement. Aussi, bien que l'époque actuelle semble caractérisée par un déclin de l'autorité hiérarchique par l'admission du principe démocratique au sein de la fonction publique, les pouvoirs sur les agents subsistent sans subir de notables atténuations.

Mais ces pouvoirs sont cantonnés dans l'ordre intérieur. En effet, d'une part, ils ne visent que les personnes intégrées au corps administratif. D'autre part, ils n'affectent pas la situation légale personnelle du fonctionnaire.

Limités au plan de la vie intérieure des services publics, ces pouvoirs revêtent dès lors deux modalités principales.

Tout d'abord ils s'analysent en un pouvoir sur l'emploi du fonctionnaire. Ils se manifestent alors essentiellement par des mutations qui permettent de réaliser au mieux l'adaptation du fonctionnaire à sa fonction.

D'autre part, ce pouvoir hiérarchique se décompose en un pouvoir d'instruction qui se manifeste au moyen d'ordres, de directives données à l'agent pour l'accomplissement de sa mission.

A la lumière de la jurisprudence, nous tenterons de dégager successivement dans un chapitre premier la nature et les modalités

d'exercice du pouvoir sur l'emploi. Puis dans un second chapitre nous procéderons à la même analyse en ce qui concerne le pouvoir d'instruction.

Nous serons ainsi amenés à nous prononcer sur le caractère juridique ou infra juridique des pouvoirs s'exerçant dans le domaine de la vie intérieure des services publics.

CHAPITRE PREMIER

Le pouvoir sur l'emploi.

Le pouvoir sur l'emploi se manifeste uniquement dans le cadre de la subordination hiérarchique. Sous ce vocable, nous entendons étudier l'ensemble des décisions individuelles émanant des supérieurs hiérarchiques et touchant les agents non dans leur grade mais dans leur emploi.

Traditionnellement en effet, la doctrine opère la distinction entre le grade et l'emploi de l'agent public : « ce qui est garanti au fonctionnaire, c'est son grade, ce n'est pas son emploi. Le grade avec toutes ses conséquences pécuniaires et hiérarchiques, est pour la quasi-totalité des fonctionnaires à statut, sinon une propriété du moins un droit auquel il ne peut être porté atteinte que dans les formes et pour les motifs prévus par la loi. L'emploi, au contraire, reste à la disposition du chef hiérarchique. Responsable, en définitive, de la bonne marche du service, il ne peut assumer cette responsabilité s'il n'a pas en main la possibilité d'utiliser son personnel au mieux des nécessités du moment » (6).

Ce pouvoir sur l'emploi donne ainsi naissance à un ensemble de décisions individuelles visant la situation de l'agent dans le service et destinées à réaliser le mieux possible l'adaptation du fonctionnaire à sa fonction.

En précisant qu'il s'agit avant tout de décisions individuelles nous entendons exclure par là trois catégories de mesures.

(6) Rivero, thèse précitée, p. 132.

Tout d'abord il apparaît logique d'écarter de notre étude les simples opérations matérielles qui peuvent être accomplies par les agents publics sur ordre du supérieur hiérarchique. La frappe d'un arrêté par une dactylo diffère en effet totalement de la manifestation de volonté qui a donné naissance à cet arrêté.

Sans doute cette opération matérielle procède d'une décision juridique, mais comme telle, elle n'intéresse déjà plus le droit. Elle est extérieure au monde juridique.

De ce fait une simple opération matérielle ne peut donner lieu à un recours pour excès de pouvoir. Ainsi en a décidé le Conseil d'Etat pour la transmission d'un dossier : « cette opération purement matérielle n'a comporté aucune décision administrative susceptible d'être déférée au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir » (7).

En second lieu, il importe d'écarter de notre étude certaines mesures qui par leur caractère antérieur à l'acte ne constituent pas véritablement des décisions. Ce sont avant tout des mesures préparatoires ou postérieures à la décision.

M. Charlier les range sous le nom d'actes auxiliaires, préparatoires ou indicatifs (8) et leur dénie en principe le caractère juridique. Simples mesures préparatoires, ces actes n'ont en effet dans la plupart des cas rien de normatif. Les rapports, lettres, vœux par lesquels se manifeste l'activité administrative ne peuvent donc en règle générale ni être susceptibles d'annulation ni être invoqués à l'appui d'un recours. A ce titre le Conseil d'Etat leur oppose la classique fin de non recevoir tirée de la nature de l'acte (9).

Enfin, nous avons défini le pouvoir hiérarchique de direction comme le pouvoir de prendre certaines décisions individuelles, visant l'emploi du fonctionnaire. De ce fait nous entendons exclure de notre étude les différentes mesures ou instructions de service ayant valeur réglementaire.

Dès lors qu'elles revêtent le caractère réglementaire, ces instructions de service échappent en effet au domaine de l'ordre intérieur pour venir se ranger dans le secteur de la légalité générale.

Le domaine de notre étude étant ainsi restreint, il reste à examiner la nature du pouvoir hiérarchique sur l'emploi : simple pouvoir de fait ou pouvoir juridique, créateur d'obligations sanctionnées. La réponse à cette question ne pourra être fournie que par un

(7) C.E. 31 mai 1938, Sieur Olive, Rec. Lebon, p. 495.

(8) CHARLIER, « Circulaires, instructions de service et autres prétendues mesures d'ordre intérieur administratives », J.C.P. 1954.I.1169. Cf. aussi Liet-Veaux, Rev. Adm., 1952.384.

(9) C.E. 4 février 1944, Lemoine, Rec. Lebon, p. 47 ; 2 juin 1944, Sté Forges d'Ars, Rec. Lebon, p. 161.

examen détaillé de la jurisprudence. Cette étude jurisprudentielle se doit d'être assez complète. En effet, depuis l'institution de la loi du 19 octobre 1946 portant statut des fonctionnaires, le pouvoir hiérarchique d'emploi s'est amenuisé. Dans le domaine qui nous intéresse, c'est-à-dire, dans le secteur des mouvements de fonctionnaires, le législateur a entendu soumettre à l'avis des commissions administratives paritaires les mutations comportant changement de résidence ou modification de la situation de l'intéressé. Conséquence de l'application de plus en plus grande du principe démocratique dans la fonction publique, cette réglementation vient considérablement réduire les pouvoirs du supérieur hiérarchique. Il reste à se demander s'il subsiste une part de pouvoir sur l'emploi du fonctionnaire et quelles conséquences la jurisprudence récente y attache. Puis à l'aide des données jurisprudentielles et des positions doctrinales, nous dégagerons la nature et les modalités d'exercice du pouvoir hiérarchique sur l'emploi.

Section 1

EXAMEN DE LA JURISPRUDENCE SUR LES MUTATIONS D'EMPLOI

§ 1. — La jurisprudence antérieure à 1946.

Avant l'intervention de la loi du 19 octobre 1946, les mutations d'office constituaient l'une des principales manifestations de la notion d'ordre intérieur. Elles apparaissent explicitement, en effet, dans la jurisprudence du Conseil d'Etat avec l'arrêt Chevalier du 13 février 1914 (10). L'espèce était la suivante : Par décision ministérielle, un gardien de bureau au ministère des Affaires étrangères, se voit contraint de passer d'un bureau à un autre. Estimant qu'il s'agissait là d'une mesure disciplinaire donnant droit à l'application de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, le sieur Chevalier intente un recours pour excès de pouvoir contre l'arrêté ministériel.

Saisi de ce recours, le Conseil d'Etat déclare : « Considérant que le passage d'un agent de l'administration centrale d'un service à un autre, dans le même cadre et avec le même traitement, qui n'est pas prévu au nombre des mesures disciplinaires comprises à l'article 15 du décret du 13 mai 1891, ne peut avoir d'autre carac-

(10) Rec. Lebon, p. 202.

tère que celui d'une mesure d'ordre intérieur, motivée par des circonstances dont l'administration est seul juge; que, par suite, la décision dont le sieur Chevalier a été l'objet n'est pas une mesure disciplinaire; qu'en effet si le règlement sur le service intérieur du ministère comprend au nombre des mesures répressives le passage d'office de l'agent d'un service à un autre, ce règlement pris par simple arrêté ministériel, ne saurait prévaloir contre le décret précité... »

L'espèce est significative. Elle est une manifestation éclatante du pouvoir de direction dont dispose le supérieur hiérarchique pour tout ce qui touche l'emploi du fonctionnaire. L'idée qui s'en dégage est que le chef de service est libre d'utiliser le fonctionnaire là où ses services lui paraissent le plus efficaces » (11).

Par ailleurs, l'arrêt Chevalier a le mérite de souligner l'imperfection des thèses qui opposent aux mesures d'ordre intérieur la notion traditionnelle de fin de non-recevoir tirée de la nature de l'acte. M. Alibert, dans son essai de systématisation des solutions jurisprudentielles en matière de recours pour excès de pouvoir, est sans conteste le plus éminent représentant de cette doctrine. « C'est à raison de leur objet, pour M. Alibert, que les mesures d'ordre intérieur, qu'il classe, sous cette rubrique, auprès des actes de gouvernement, des actes contractuels, et des actes discrétionnaires sont insusceptibles de recours pour excès de pouvoir » (12).

Pour M. Alibert, les mesures d'ordre intérieur sont l'expression d'un simple pouvoir de fait. Elles sont la conséquence nécessaire des rapports qui s'établissent entre le supérieur et l'inférieur. Sur le plan contentieux cela se traduira inéluctablement par une fin de non-recevoir tirée de la nature de l'acte, le rejet catégorique de tout examen au fond.

Dans le domaine des mutations d'office, l'arrêt Chevalier souligne l'inexactitude de cette théorie. En effet, si la haute juridiction administrative rejette le recours du requérant, ce n'est qu'après avoir examiné au fond l'ensemble de ses griefs : le Conseil d'Etat recherchant si la mutation ne dissimule pas en fait une mesure disciplinaire.

Sous la qualification de mesures d'ordre intérieur, il est en effet fréquent que l'administration masque une décision répressive. La communication de son dossier au fonctionnaire est de ce fait évitée. Pour faire respecter la règle de la franchise administrative, il est donc nécessaire de vérifier sous une étiquette parfois trompeuse la véritable nature de la mesure prise.

(11) Rivero, thèse précitée, p. 132.
(12) Rivero, thèse précitée, p. 50.

L'arrêt Chevalier est particulièrement typique à cet égard. Le Conseil d'Etat relève en effet... « que le passage d'un agent d'un service à un autre, qui n'est pas au nombre des mesures disciplinaires (énumérées par le décret organique)... ne peut avoir d'autre caractère que celui d'une mesure d'ordre intérieur ».

Par la suite, les applications de la jurisprudence Chevalier se sont multipliées. Dans un arrêt Druhot du 6 juillet 1917 (13) on retrouve les mêmes formules : « Considérant que le passage du sieur Druhot d'un service à un autre de l'administration centrale du ministère des Finances a constitué une simple mesure d'ordre intérieur, prise dans l'intérêt du service; qu'elle n'a eu le caractère ni d'une mesure disciplinaire, ni d'un déplacement d'office au sens de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905... »

La seule nouveauté consiste dans l'allusion faite à l'intérêt du service. Par là, le Conseil d'Etat semble amorcer un contrôle du but de la mesure d'ordre intérieur : l'annulation au fond résultant alors d'un détournement du pouvoir de direction du supérieur hiérarchique. L'arrêt Bertrand du 3 mars 1920 (14) se montre encore plus explicite. Il vient en effet confirmer l'arrêt Druhot en précisant que le pouvoir hiérarchique sur l'emploi doit s'exercer conformément à l'intérêt du service. Remarquable dans sa rédaction, l'arrêt Bertrand reconnaît expressément que le ministre, chef hiérarchique, dispose d'un large pouvoir dans la répartition des postes existants. Cette faculté lui est accordée en dehors de toute habilitation législative ou réglementaire puisqu'aucune allusion n'est faite à une quelconque délégation du législateur. Les lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872 sont bien mentionnées en tête du visa. Mais on ne peut les considérer comme constituant le fondement de ce pouvoir hiérarchique. En effet, elles ne concernent en tout état de cause, que les grands principes de séparation des autorités administratives et à ce titre on les retrouve en tête de la plupart des arrêts.

En résumé, l'examen de la jurisprudence antérieure au statut de 1946 permet d'effectuer deux remarques importantes.

Tout d'abord, les arrêts Chevalier, Bertrand, Druhot témoignent de l'existence d'un contrôle portant sur les décisions affectant l'emploi des fonctionnaires. Sans doute, dans les espèces précitées, le Conseil d'Etat rejette-t-il au fond. Mais ce rejet n'est effectué qu'après examen attentif destiné à déjouer les mesures disciplinaires indirectes. De plus ce contrôle porte sur l'existence d'un

(13) Rec. Lebon, p. 552 : voir aussi Lannelongue, 25 janvier 1928, Rec. Lebon, p. 12.
(14) Rec. Lebon, p. 262.

intérêt de service. Il laisse supposer qu'une mesure contraire à cet intérêt sera annulée pour détournement de pouvoir.

Ensuite l'analyse de l'arrêt Bertrand permet de constater que le pouvoir hiérarchique sur l'emploi des fonctionnaires intervient en dehors de toute habilitation législative ou réglementaire.

Pouvoir assujetti à un certain contrôle, pouvoir intervenant en dehors d'une habilitation précise, cette double constatation tirée de l'examen de la jurisprudence antérieure à 1946 va-t-elle se retrouver maintenant dans la jurisprudence postérieure à l'intervention du statut de la fonction publique.

§ 2. — La jurisprudence postérieure à 1946.

Au terme de l'article 128 de la loi du 19 octobre 1946 portant statut général des fonctionnaires « l'autorité compétente procède aux mouvements des fonctionnaires après avis des commissions administratives paritaires ». Cette disposition générale est précisée par les dispositions du 3e alinéa du même article, aux termes desquelles « toutefois seules les mutations comportant changement de résidence ou modification de la situation de l'intéressé sont soumises à l'avis de la commission ».

Ces dispositions consacrent nettement une diminution du pouvoir hiérarchique. Elles s'inscrivent dans l'ensemble des mesures caractérisant un déclin de l'autorité hiérarchique par la reconnaissance de plus en plus grande du principe démocratique au sein du droit de la fonction publique.

Mais, néanmoins, elles laissent subsister au profit du supérieur hiérarchique un certain secteur dans lequel se manifestera son autorité. Ce secteur est constitué par les mutations qui ne comportent ni changement de résidence, ni modification de situation.

A l'intérieur de ce domaine réservé, le pouvoir du supérieur hiérarchique pourra se donner libre cours. C'est ainsi que dans un arrêt Bordel du 2 mai 1947 (15), le Conseil d'Etat a admis (tout en le rejetant au fond) le recours intenté par un facteur, contre une décision de mutation dans l'intérêt du service ne revêtant pas un caractère disciplinaire : « qu'une telle décision, qui n'a pas été motivée par des considérations particulières relatives aux attitudes ou au comportement du requérant et qui ne porte pas atteinte à sa situation administrative, n'a pas le caractère d'une mesure disciplinaire et découle du pouvoir reconnu à l'autorité supérieure de fixer l'affectation des agents au mieux des besoins du service ».

(15) Rec. Lebon, p. 174.

De plus le Conseil d'Etat semble s'orienter nettement vers un contrôle au fond de la mesure prise en vertu du pouvoir hiérarchique. En effet, il constate comme dans l'espèce Druhot « que la décision attaquée n'a pas été prise pour des fins étrangères à l'intérêt du service ». Cette formule est l'indice certain d'une amorce de contrôle au fond d'une mesure couramment qualifiée de mesure d'ordre intérieur.

Plus caractéristiques encore, sont les arrêts Hartmann du 23 novembre 1951 (16) et dame Lefeur du 5 novembre 1954 (17). Dans l'espèce Hartmann, notamment il s'agissait d'une mutation ne comportant ni changement de résidence, ni modification de situation et par suite insusceptible de donner lieu à un avis de la commission administrative paritaire (art. 128, loi du 19 octobre 1946). Pourtant le Conseil d'Etat a admis la recevabilité de la requête.

De ce fait, il apporte un démenti formel aux théories qui opposent aux mesures frappant les agents dans leur emploi une fin de non-recevoir tirée de la nature de l'acte. De plus, l'arrêt Hartmann confirme l'arrêt Bordel en précisant d'une manière particulièrement explicite qu'il est possible d'instituer un contrôle du détournement de pouvoir sur les mesures prises dans l'exercice de ce pouvoir hiérarchique de direction.

En résumé, la jurisprudence postérieure au statut de 1946 confirme les solutions précédemment dégagées. Les décisions relatives à l'emploi des fonctionnaires peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Sans doute le recours est-il la plupart du temps rejeté au fond. Mais il faut bien voir que ce rejet ne traduit pas une quelconque irrecevabilité liée à la nature des décisions affectant l'emploi des fonctionnaires. En effet, si le recours est rejeté au fond, c'est essentiellement parce que le requérant n'apporte pas la preuve d'un détournement de pouvoir ou d'une révocation déguisée.

En tout état de cause, l'admission de la requête, l'existence d'un contrôle du but d'intérêt général infirment nettement les théories qui affirment l'impossibilité de contrôler l'exercice du pouvoir de direction sur l'emploi des fonctionnaires.

Assujetti à un certain contrôle, le pouvoir hiérarchique sur l'emploi possède-t-il les caractéristiques d'un pouvoir juridique ? La réponse à une telle question nécessite préalablement un examen de la doctrine.

Tel sera l'objet d'une seconde section.

(16) Rec. Lebon, p. 548.
(17) Rec. Lebon, p. 575.

Section 2

OPINIONS DE LA DOCTRINE

A cet égard, il est frappant de constater que la majorité des auteurs semble ignorer l'existence d'un tel pouvoir. Du moins la doctrine ne lui accorde-t-elle pas une place à part dans l'ensemble des pouvoirs administratifs. La plupart du temps, elle l'englobe sous le vocable de pouvoir hiérarchique ou plus exactement de pouvoir d'instruction.

Ainsi pour M. Waline (18) « le pouvoir hiérarchique s'analyse d'une part dans le pouvoir de donner des ordres, d'autre part dans celui de réformer les décisions des subordonnés ».

De même, MM. Duez et Debeyre (19), distinguent trois sortes de pouvoirs au profit du ministre, chef administratif de son département : pouvoir de décision, pouvoir d'organisation intérieure des services, pouvoir de contrôle sur les subalternes. Seul le dernier nous intéresse directement, encore que MM. Duez et Debeyre rangent sous cette dénomination le pouvoir de surveillance c'est-à-dire pouvoir d'instruction et pouvoir disciplinaire et ce que nous avons appelé le pouvoir de réformation sur les actes des subordonnés.

M. de Laubadère (20) ne semble pas non plus reconnaître expressément l'existence d'un pouvoir hiérarchique de direction. « A l'égard de l'ensemble du personnel relevant de leurs départements les ministres exercent l'ensemble des compétences incluses dans la notion de pouvoir hiérarchique; pouvoir disciplinaire, pouvoir sur les actes des subordonnés, notamment pouvoir général de leur donner des instructions. »

Il semble donc, au vu de ces diverses opinions, que la doctrine n'ait pas pris conscience de l'existence d'un pouvoir hiérarchique autonome distinct du pouvoir d'instruction. Cette confusion est regrettable. Elle est à l'origine de la thèse qui voit dans les mesures d'ordre intérieur, émanation du pouvoir hiérarchique, des actes insusceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (21).

Il est bien certain que dans la plupart des cas le recours dirigé contre un ordre du supérieur sera déclaré irrecevable. Mais l'erreur

(18) Waline, « Droit Administratif », 7e éd. 1957, p. 250.

(19) Duez et Debeyre, « Traité de Droit Administratif », 1952, p. 16 et s.

(20) De Laubadère, « Traité élémentaire de droit administratif », 2e éd. 1957, p. 57.

(21) Cf. notamment Liet-Veaux, Juris-Classeur Adm. Fasc. 652, p. 11 et s.

a été d'assimiler toutes les mesures d'ordre intérieur individuelles à des ordres ou instructions.

Force est pourtant de reconnaître qu'il existe à côté des ordres ou des instructions des décisions individuelles visant les agents publics, les frappant dans leur emploi. Or, ces différentes mesures individuelles ont presque toujours donné lieu à un contrôle au fond de la part du Conseil d'Etat. Le pouvoir dont elles émanent ne nous semble pas, à première vue, être un simple pouvoir de fait. Quelle est donc sa véritable nature ?

Section 3

NATURE DU POUVOIR SUR L'EMPLOI

Pour dégager la nature du pouvoir hiérarchique sur l'emploi, il importe de confronter les données jurisprudentielles à la définition de la compétence des autorités administratives. La compétence est, en effet, un pouvoir juridique. Elle constitue donc une référence à laquelle nous pouvons confronter le pouvoir hiérarchique sur l'emploi. Cette confrontation ne sera pas pour autant suffisante. La compétence est certes un pouvoir juridique. Mais ce caractère juridique ne vaut que pour la sphère des rapports administration-administrés. Il peut s'avérer impropre à rendre compte des relations intervenant dans le domaine de la vie intérieure des services publics.

Aussi pour dégager la nature du pouvoir sur l'emploi, il sera nécessaire de se référer à d'autres critères que celui de la compétence des autorités administratives. Ce n'est qu'à ce dernier stade que nous pourrons nous prononcer sur le caractère juridique ou infra-juridique du pouvoir du supérieur dans le domaine des mutations des fonctionnaires.

§ 1. — Pouvoir sur l'emploi et compétence.

Nous avons défini la compétence comme une aptitude légale à édicter des actes juridiques unilatéraux obligatoires pour les particuliers. Pour que l'on puisse parler de compétence, il semble donc nécessaire d'obtenir la réunion de deux éléments fondamentaux : une habilitation législative d'une part, la création d'une situation juridique d'autre part.

Or, à première vue, le pouvoir hiérarchique sur l'emploi ne semble répondre ni à l'une, ni à l'autre de ces conditions.

1) Sur le plan de l'habilitation tout d'abord, nul texte positif n'est venu conférer expressément à l'autorité hiérarchique le pouvoir de prendre des règles intérieures relatives à l'emploi du fonctionnaire. Sans doute existe-t-il des lois et règlements relatifs aux différents services publics dans lesquels se manifeste le pouvoir hiérarchique. Mais ces lois ne prévoient pas explicitement, voire même en termes vagues, le pouvoir du supérieur d'opérer des changements dans l'emploi de ses inférieurs. Il n'y a rien de comparable à ce qui existe au profit des autorités administratives chargées de diriger et réglementer la vie des administrés. Le maire, notamment, ne peut créer des règles de droit obligatoires que dans la mesure où il en a reçu le pouvoir par un texte de loi formel.

Au contraire, dans les espèces précédemment dégagées (Chevalier, Bertrand, Hartmann) on ne trouve aucun texte autorisant le supérieur à procéder à des telles mutations.

2) Ensuite, la mesure individuelle relative à l'emploi ne donne pas naissance à une situation juridique nouvelle pour l'intéressé. En ce sens, elle n'est pas créatrice de droit puisqu'elle émane d'un pouvoir qui ne porte pas atteinte à la situation légale personnelle de l'agent.

Cette double constatation permet d'affirmer que le pouvoir hiérarchique sur l'emploi ne correspond pas aux éléments traditionnels de la compétence des autorités administratives.

Pouvoir s'exerçant en dehors de toute habilitation législative ou réglementaire il donne naissance à des mesures ne portant pas atteinte à la situation légale du fonctionnaire.

Et pourtant ce pouvoir hiérarchique sur l'emploi ne nous semble pas pouvoir être assimilé à un simple pouvoir de fait. Qui dit pouvoir de fait, dit en effet absence totale de contrôle. Or le pouvoir hiérarchique n'est pas laissé à l'arbitraire total du supérieur. Nous avons vu que le Conseil d'Etat le soumettait à un certain contrôle du but, du détournement de pouvoir. Or ce contrôle du but d'intérêt général nous apparaît ici comme la meilleure preuve du caractère para-juridique du pouvoir hiérarchique sur l'emploi.

§ 2. — Le pouvoir sur l'emploi : pouvoir juridique spontané et subordonné.

Le pouvoir hiérarchique sur l'emploi est un pouvoir juridique spontané et subordonné. Existant en dehors de toute habilitation, il est exclusivement fondé sur l'intérêt du service. C'est en quelque sorte un pouvoir qui découle de la nature des choses. Les exigences propres au service public, l'encadrement des agents au sein

d'une pyramide hiérarchique impliquent au profit du supérieur un large pouvoir de direction sur l'emploi de ses inférieurs. Ce pouvoir « spontané » n'en possède pas moins un caractère juridique certain.

Lui dénier ce caractère, c'est reconnaître la nécessité à la base de tout pouvoir d'une habilitation législative spéciale. Cette exigence procède d'une erreur. L'affirmation de la primauté de la loi ne signifie pas que la loi crée tout le droit. Le législateur n'a pas le monopole exclusif de la création des règles de Droit. Il lui appartient seulement de fixer les limites de toute activité juridique. Le pouvoir hiérarchique sur l'emploi n'a donc pas besoin d'être expressément prévu par le législateur pour posséder le caractère juridique. Encore n'est-il pas exact de prétendre que ce pouvoir intervient en dehors de toute habilitation, puisqu'il découle implicitement des règles qui ont prévu l'organisation et le fonctionnement des services publics. « Pour prendre les règles techniques qui gouvernent le fonctionnement des services et l'exécution des opérations qu'ils comportent, ou pour répartir les compétences entre les agents, les chefs de services n'ont pas besoin d'une habilitation spéciale de la loi; l'habilitation résulte tout naturellement de ce qu'il s'agit ici du service lui-même, l'exercice de la puissance régulatrice est en pareille matière, une conséquence immédiate de la création du service par les lois » (22).

Fondé sur l'intérêt du service, impliqué par les lois qui régissent le fonctionnement du service public, le pouvoir hiérarchique sur l'emploi trouvera ses limites dans les principes qui ont présidé à sa reconnaissance.

Tout d'abord, il ne pourra s'exercer en dehors des frontières légales. A ce titre, il sera étroitement limité par les dispositions de lois en vigueur.

Enfin, à l'intérieur de sa propre sphère d'activité, le pouvoir hiérarchique sur l'emploi ne pourra intervenir que dans le sens obligatoire de l'intérêt du service. L'allusion faite dans de nombreux arrêts à un possible détournement de pouvoir témoigne de la direction dans laquelle doit s'exercer le pouvoir du supérieur hiérarchique.

Pouvoir spontané, pouvoir subordonné aux exigences de la loi et de l'intérêt du service, le pouvoir hiérarchique sur l'emploi possède en outre la particularité d'être un pouvoir totalement discrétionnaire.

(22) Carré de Malberg, « Contribution à la théorie générale de l'Etat », T. 1, p. 671.

Section 4

EXERCICE DU POUVOIR SUR L'EMPLOI

Ce caractère discrétionnaire découle de la nature même que nous avons reconnue au pouvoir hiérarchique. Pouvoir spontané, il n'est limité que par l'intérêt du service. A défaut d'une habilitation précise, nul contrôle ne peut s'instaurer efficacement. La très grande liberté dont dispose ainsi le supérieur hiérarchique est la conséquence certaine des nécessités particulières du service. Mais on ne peut s'empêcher de constater un rapport entre le pouvoir discrétionnaire du supérieur et la catégorie de personnes visées par ce pouvoir. Au regard des intérêts du service la situation de l'agent reste précaire. Assujetti strictement au pouvoir discrétionnaire du chef, le fonctionnaire n'aura aucune garantie de stabilité de son emploi. Au surplus, il ne possède aucun droit sur son emploi. Sur l'échiquier administratif, il n'est qu'un simple pion déplacé au gré des besoins du service.

Face à cette soumission étroite de l'inférieur à son supérieur, force est donc de constater que le pouvoir hiérarchique dépend dans son exercice non seulement des exigences propres au service mais aussi de la qualité de la personne touchée. Dans la mesure où cette dernière est dépourvue de toute garantie, le pouvoir hiérarchique revêtira un caractère discrétionnaire. C'est donc en partie la qualité du destinataire (son absence de droit) qui conditionne le caractère du pouvoir exercé. Dans la mesure où l'agent public se verra reconnaître une participation plus active au service, dans la mesure surtout où le législateur le dotera de garanties, le pouvoir hiérarchique perdra son caractère discrétionnaire pour être assujetti à un contrôle plus poussé.

C'est donc plus que l'intérêt du service, la qualité du destinataire qui imprime son caractère au pouvoir hiérarchique sur l'emploi. L'évolution du droit de la fonction publique en témoigne. Dans ce domaine, il n'apparaît pas à première vue que les nécessités du service aient changé. Mais les idées démocratiques et syndicalistes se sont infiltrées dans la citadelle administrative et ont mis un frein à la toute puissance de l'administration sur ses agents. Ces derniers sont passés du rang de serviteurs à celui de collaborateurs. Le législateur leur a notamment conféré des droits destinés à les prémunir contre les abus de l'administration. Ce changement de qualité des anciens serviteurs de l'Etat a de ce fait entraîné une nette diminution du pouvoir hiérarchique, sans que pour cela les

nécessités inhérentes à tout service public aient le moins du monde changé.

Cette évolution ne s'est cependant pas manifestée dans tous les domaines. Les mutations dans l'intérêt du service rendent compte notamment de la survivance du pouvoir hiérarchique. Dans ce secteur il s'exercera encore d'une manière quasi discrétionnaire puisque c'est un des seuls domaines où l'agent public apparaisse totalement démuni face à la toute puissance administrative. Cette situation de parent pauvre explique et conditionne dans une certaine mesure le maintien du caractère discrétionnaire du pouvoir hiérarchique dans le domaine spécial des affectations dans l'intérêt du service.

Au terme de cette étude, il est permis d'affirmer le caractère juridique du pouvoir hiérarchique sur l'emploi. Cette affirmation est cependant insuffisante dans le cadre d'une étude consacrée aux pouvoirs du supérieur sur ses agents. Aussi est-il nécessaire de la complémenter par une analyse du pouvoir d'instruction, second aspect du pouvoir général sur les agents.

Tel sera l'objet du chapitre II.

CHAPITRE II

Le pouvoir d'instruction.

Que chaque agent se conduise librement, qu'il interprête à sa guise les directives élaborées à l'échelon gouvernemental, qu'il conteste les ordres émanant de ses supérieurs et l'édifice administratif se trouve irrémédiablement ébranlé.

Dans une administration étroitement centralisée et hiérarchisée, l'unité de conception est d'une nécessité impérieuse. Elle ne peut se réaliser que par la reconnaissance au profit du supérieur hiérarchique d'un pouvoir général de dicter la conduite de ses subordonnés.

Par pouvoir d'instruction, nous entendons étudier le pouvoir qui appartient à tout supérieur hiérarchique d'inspirer les décisions, la conduite de ses inférieurs. Cette définition fait apparaître un certain nombre d'éléments qui permettent de préciser le domaine d'application du pouvoir hiérarchique d'instruction.

Une première précision tient à la qualité des destinataires visés par ce pouvoir. Les ordres, les conseils impératifs ne valent bien évidemment que pour les agents publics. Mais à l'intérieur de cette catégorie de destinataires, ils concernent aussi bien les agents investis d'une compétence que ceux qui sont dépourvus de tout pouvoir juridique. Cependant, le problème soulevé par l'existence du pouvoir d'instruction est plus intéressant dans l'hypothèse où l'ordre tend à inspirer la décision d'un fonctionnaire compétent. L'intérêt découle, en effet, du principe de la répartition des compétences entre les agents publics. Si l'ordre est par lui-même créateur d'une obligation juridique, on peut se demander dans quelle mesure est

légale la décision prise par le subordonné en exécution d'un ordre de son supérieur. Le principe de la répartition des compétences n'est-il pas violé ? Tout au contraire, aucun problème juridique n'est soulevé si l'ordre émanant des supérieurs hiérarchiques vise un simple agent public, non investi d'une compétence. Dans cette hypothèse, le principe de la répartition des compétences ne peut être transgressé. Si l'agent public refuse d'obéir à un ordre, une simple substitution permettra de pallier les inconvénients engendrés par la désobéissance de l'agent.

Cette première précision en appelle une seconde.

Il faut en effet prendre garde à ne pas confondre l'ordre et la décision prise en exécution de cet ordre par l'agent public compétent. Pouvoir d'inspirer des décisions, le pouvoir hiérarchique d'instruction diffère à cet égard du pouvoir de substitution (1). Pour M. Vignes, ce dernier n'est « pas autre chose qu'une mesure d'exécution forcée permettant à l'administration d'agir au lieu et place d'une personne ou d'une collectivité publique ou privée défaillante et qui, dans sa nature même, constitue une prérogative de l'Etat et dans ses conséquences affecte les intérêts du substitué ».

Le supérieur hiérarchique, se heurtant à un refus d'obéissance, ne peut se substituer au fonctionnaire récalcitrant. Tout au plus peut-il réformer ou annuler l'acte ainsi pris en méconnaissance de ses directives.

Cette dernière précision permet de dégager une troisième différence.

Traditionnellement la doctrine décompose en effet le pouvoir hiérarchique en deux pouvoirs distincts : pouvoir d'instruction, pouvoir de réformation (2) : Seul ce dernier, permettant au supérieur hiérarchique d'annuler ou de réformer les actes de ses inférieurs, constitue véritablement un pouvoir juridique. Réuni aux mains du même détenteur, ces deux pouvoirs ne se confondent cependant pas. Mais dans la pratique le pouvoir de réformation apparaîtra comme le complément indispensable du pouvoir d'instruction puisque la méconnaissance d'un ordre par une autorité subordonnée conditionnera inéluctablement l'application du pouvoir de réformation.

Les différences sont donc plus juridiques que pratiques.

Enfin par pouvoir hiérarchique d'instruction nous entendons limiter notre étude exclusivement aux ordres, injonctions adressés par le supérieur à ses inférieurs. En précisant qu'il s'agit d'ordres, nous entendons exclure par là les circulaires ou instructions de ser-

(1) Cf. C.-H. VIGNES, « Le pouvoir de substitution », R.D.P. 1960, p. 753.
(2) LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 57 ; WALINE, *op. cit.*, p. 258.

vice qui constituent les directives générales adressées aux agents publics à quelques échelons de la hiérarchie qu'ils appartiennent.

Les circulaires ou instructions de services peuvent en effet dans certains cas constituer des décisions réglementaires ayant valeur dans le plan de la légalité générale (3). Du seul fait qu'elles prennent place dans le domaine de la légalité générale, elles échappent à notre étude consacrée aux pouvoirs dans l'ordre intérieur.

De plus, même si les circulaires ne peuvent prétendre accéder au rang des décisions réglementaires, même si elles ne constituent que des simples circulaires interprétatives, elles échappent partiellement à notre étude en raison même de leur objet. En effet, l'instruction de service est destinée avant tout à permettre aux inférieurs de mieux comprendre et d'appliquer la loi. L'ordre au contraire est une injonction impérative d'un supérieur à un inférieur.

L'ordre a un caractère contraignant que ne possède pas l'instruction. Dès lors, il s'inscrit tout naturellement dans le cadre d'une étude consacrée aux manifestations des pouvoirs s'exerçant sur les agents.

Ces différentes précisions nous ont permis de délimiter le champ d'application du pouvoir hiérarchique d'instruction. Pouvoir d'inspirer des décisions, il est étroitement cantonné dans le domaine de l'ordre intérieur. En effet, s'il aboutit à des ordres, des injonctions plus ou moins impératives, il ne s'en suit pas que ces ordres, injonctions conduisent à des obligations d'exécuter entendues dans le plan de la légalité générale. Les obligations qui découlent du pouvoir d'instruction ne sont pas assorties de la sanction du juge. La force contraignante qui s'attache à l'ordre ne vaut que dans le plan de l'ordre intérieur.

Pouvoir d'ordre intérieur, quelle est la nature du pouvoir d'instruction ? Est-ce un pouvoir de fait ou peut-on lui reconnaître le caractère d'un pouvoir juridique ?

La réponse à une telle question nécessite préalablement un examen de la jurisprudence. Puis à l'aide des opinions de la doctrine, nous tenterons de dégager la nature du pouvoir hiérarchique d'instruction.

(3) Sur ce point voir CHEVALLIER, « L'instruction de service et le recours pour excès de pouvoir », thèse Nancy, 1924 ; L. LEVANTAL, « L'annulation pour excès de pouvoir des circulaires administratives », D. 1954, chr. p. 99 et s. ; C.E. 29 janvier 1954, Institution Notre Dame du Kreisker, concl. Trivot, R.P.D.A. 1954.

Section 1

EXAMEN DE LA JURISPRUDENCE

Dès le milieu du XIX[e] siècle le Conseil d'Etat semble bien opérer la distinction entre l'ordre et l'acte ultérieur intervenant en exécution de l'ordre. Pour la haute juridiction administrative, l'ordre n'est pas constitutif d'une décision et de ce fait il ne peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Ainsi en a-t-il décidé dans un arrêt du 16 novembre 1825, Commune de Romainville (4) : « Considérant que la lettre du ministre de l'Intérieur est une instruction administrative adressée au Préfet et ne constitue pas une décision ministérielle susceptible d'être attaquée par la voie contentieuse. »

Plus explicite est l'arrêt Blaizac du 12 avril 1829 (5) : « Considérant que ladite lettre ne constitue pas une décision, mais une simple instruction adressée au préfet, instruction qui ne peut donner lieu à un recours.

Il semble donc que, dès cette époque, le Conseil d'Etat estime irrecevable le recours contre des ordres ou instructions du fait que ces mesures ne constituent pas des décisions faisant grief. « Le Conseil d'Etat, prend presque toujours le soin de déclarer que s'il prononce l'irrecevabilité, c'est parce qu'il ne se trouve pas en présence de décision » (6).

Par la suite, la jurisprudence confirme les principes précédemment dégagés. C'est ainsi que le Conseil d'Etat voit dans l'autorisation donnée par un préfet à un maire d'user de ses pouvoirs « un simple document intérieur ne pouvant être considéré comme une décision faisant grief » (7). A notre avis le défaut de recevabilité contre de tels ordres tient non seulement au fait qu'ils ne constituent pas de décisions faisant grief mais aussi à l'absence d'intérêt personnel du fonctionnaire compétent à attaquer de tels ordres.

M. J.-L. Quermonne, dans sa note sous l'arrêt Lépouse (8), incline vers cette solution en ce qui concerne les circulaires proprement

(4) Rec. Lebon, p. 677.
(5) Rec. Lebon, p. 327.
(6) Grelat, « Essai d'une théorie juridique de l'instruction de service », Thèse Nancy, 1908, p. 792.
(7) C.E. 10 février 1943, sieur Béziers, Rec. Lebon, p. 35 ; cf. aussi C.E. 25 mars 1931, Rochemont, Rec. Lebon, p. 343.
(8) C.E. 28 novembre 1958, D. 1959, p. 264 et s. voir aussi Nguyen Van Bong, « La décision exécutoire et la décision faisant grief », Thèse, Paris, 1960.

dites. Se fondant sur deux décisions récentes du Conseil d'Etat (9), M. Quermonne voit dans l'intérêt du requérant le critère de la recevabilité contre les circulaires.

Valable ou du moins admissible pour les circulaires, ce critère nous semble pouvoir être aussi retenu pour les ordres. Le défaut de recevabilité peut s'expliquer par le manque d'intérêt personnel du fonctionnaire compétent à attaquer les ordres lui enjoignant de prendre une décision. Il est certain qu'on voit mal quel genre de préjudice pourrait résulter pour le fonctionnaire d'un ordre à lui adressé, puisque nous le verrons, l'ordre le laisse juridiquement libre de prendre ou non une décision. L'ordre ne lèse en rien la situation de l'agent. Même s'il inspire d'une manière décisive l'acte accompli, l'ordre n'est pas constitutif d'un préjudice pour l'autorité compétente. En effet, cette dernière ne pourrait se plaindre de la contrainte inhérente à l'ordre que dans la mesure où sa compétence lui serait une charge personnelle. Or, il n'en est rien. Les compétences des agents publics ne sont pas des privilèges délivrés *intuitu personae*. Le fonctionnaire ne peut défendre en justice sa propre compétence. La compétence est celle de l'emploi et non celle de l'agent.

Sans doute l'exercice d'une compétence peut-elle engager la responsabilité de l'auteur de la mesure. Dans cette hypothèse, le fonctionnaire pourrait avoir intérêt à attaquer l'ordre qui lui a enjoint de prendre la décision qui a entraîné sa responsabilité. L'ordre, s'il n'est pas, en effet, créateur d'une obligation juridique, fait naître à la charge du destinataire un devoir formel d'obéissance. Et ce devoir est entendu strictement. Mais il est des cas où le devoir d'obéissance doit céder le pas à un devoir de désobéissance. Et ces cas sont justement ceux qui peuvent engendrer une responsabilité personnelle de l'agent au cas d'obéissance à un ordre manifestement illégal.

On voit donc en tout état de cause que le titulaire d'une compétence ne peut avoir intérêt à attaquer l'ordre de son supérieur hiérarchique. Et ce défaut d'intérêt nous semble constituer l'un des principaux critères de l'irrecevabilité opposée par le Conseil d'Etat à des recours intentés contre des ordres.

Non seulement la jurisprudence a opposé une irrecevabilité de principe aux recours intentés contre des ordres, mais elle a, en outre, dénié toute valeur juridique à de tels ordres. C'est ainsi que

(9) C.E. 6 juillet 1956, Fédération départementale des syndicats des exploitants agricoles de Seine-et-Oise ; 4 janvier 1957, Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés de Droit, D. 1958.178.

dans un arrêt Champy du 19 mars 1868 (10), le Conseil d'Etat a déclaré valable l'arrêté préfectoral pris en méconnaissance d'une instruction du ministre. D'une manière générale l'ordre de l'autorité supérieure ne peut modifier en rien la répartition des compétences. C'est ce qu'il résulte de nombreuses décisions du Conseil d'Etat (11) qui affirment la légalité de l'acte pris par le fonctionnaire compétent sur ordre de ses supérieurs. L'agent subordonné qui accomplit un acte juridique en exécution d'un ordre de service, ne peut juridiquement pas se retrancher derrière ces ordres. Le juge n'a pas à en tenir compte. Il doit apprécier l'acte de l'agent subordonné comme s'il avait été accompli spontanément. C'est ainsi qu'un ordre ne peut couvrir un vice d'incompétence ou d'illégalité. Dans un arrêt Wagner du 2 novembre 1939 (12), au sujet d'une autorisation donnée par un préfet alors que le maire était normalement compétent, le Conseil d'Etat déclare : « Il appartenait au maire seul de donner cette autorisation; et ni la circonstance que l'arrêté préfectoral aurait été pris conformément aux instructions du ministre, ni celle qu'il aurait reçu l'autorisation dudit ministre ne sont de nature à effacer le vice d'incompétence. »

De même l'ordre ne peut limiter les pouvoirs de l'autorité réellement compétente (13). D'une manière générale l'ordre ne peut modifier en rien la répartition normale des compétences. Ainsi en a décidé le Conseil d'Etat dans un arrêt du 15 janvier 1954, Desmond et Société Henri Deffarges et Fils (14) où une mesure de la compétence du ministre avait été prise par le préfet « la circonstance que ledit arrêté aurait été pris après un échange de correspondance et sur les instructions adressées par le ministre de l'Education nationale au préfet n'est pas de nature à conférer à l'acte attaqué le caractère d'une décision ministérielle ».

L'ordre ne peut en rien modifier les règles de répartition des compétences. Ces règles sont d'ordre impératif et le Conseil d'Etat en sanctionne les violations, quelle que soit la façon dont elles ont

(10) Rec. Lebon, p. 73.

(11) C.E. 7 juillet 1905, Vittoriani, Rec. Lebon, p. 611, « La circonstance que le gouverneur aurait agi sur l'ordre du ministre ne peut entacher l'illégalité des mesures prises par le gouverneur dans la limite de ses attributions. » - C.E. 2 décembre 1910, Commune de Saint-Malo, Rec. Lebon, p. 863 ; 23 juillet 1906, Menard, Rec. Lebon, p. 536.

(12) Rec. Lebon, p. 547.

(13) C.E. 18 février 1955, Guyomard, Rec. Lebon, p. 94 ; 3 mars 1942, Sandoz, Rec. Lebon, p. 74 ; 18 juin 1943, Sté Ets Fraissinet, Rec. Lebon, p. 380 ; 1er février 1946, Dame Chistelle, Rec. Lebon, p. 33 ; 16 juin 1950, Vve Martin, Section, Rec. Lebon, p. 368 ; 10 janvier 1951, Epoux Granet, Rec. Lebon, p. 13.

(14) Rec. Lebon, p. 32, voir aussi C.E. 30 avril 1954, Dame Vve Crochemore, Rec. Lebon, p. 246.

été transgressées, quel que soit le sens dans lequel l'empiètement a été commis.

Certes il peut paraître formaliste de sauvegarder ainsi la compétence des autorités subordonnées. Le ministre peut toujours user de son pouvoir hiérarchique pour annuler ou réformer les décisions de ses inférieurs.

« C'est pourtant moins dans l'intérêt des administrés que pour la bonne marche des services eux-mêmes qu'il faut avec le Conseil d'Etat maintenir rigoureusement les compétences subordonnées. L'attribution aux autorités régionales ou locales de pouvoirs de décision décharge d'autant les administrations centrales qui, dans notre pays, retiennent par devers elle une part excessive des affaires. Le juge n'a pas le droit de réduire la déconcentration administrative déjà trop fragmentaire » (15).

En définitive l'examen de la jurisprudence permet de dénier toute valeur juridique à l'ordre. Il reste à examiner la position de la doctrine avant de se prononcer sur la nature du pouvoir hiérarchique d'instruction.

Section 2

OPINIONS DE LA DOCTRINE

La doctrine n'a pas manqué de tirer les conséquences de l'irrecevabilité et de l'absence d'effets juridiques que la jurisprudence voyait dans les ordres.

Jèze (16) n'hésite pas à qualifier de matériel le pouvoir donnant naissance à de tels ordres. En effet, pour Jèze si l'instruction de service était un acte juridique produisant effet de droit il en résulterait deux conséquences fondamentales. Tout d'abord, le recours pour excès de pouvoir serait possible contre l'ordre. Enfin, la décision de l'agent subordonné qui a méconnu l'ordre serait entachée de nullité.

Ces deux caractères n'étant pas remplis, on ne peut donc que souscrire à l'affirmation de G. Jèze.

Cette prise de position est d'ailleurs corroborée par l'ensemble de la doctrine.

Duguit dénie le caractère juridique aux actes émanant du pouvoir hiérarchique d'instruction. Pour lui, ce ne sont que des actes matériels non susceptibles de recours en annulation. On ne peut

(15) Note J.G. sous C.E. 28 octobre 1949, Yasri, D. 1950.I.303.

en effet concevoir qu'un simple acte matériel puisse être annulé (17). Aucoc, dans ses Conférences de Droit administratif (18), affirmait déjà « Il faut que l'acte administratif contre lequel on réclame ait pour effet immédiat de léser le droit du citoyen et lui impose une obligation ou un préjudice actuel... Il y a en effet beaucoup d'actes de l'administration que les particuliers peuvent être disposés à contester comme de nature à porter atteinte à leurs droits, et qui, cependant, n'ont pas par eux-mêmes cet effet. Ce sont d'abord les actes préparatoires, tels que les instructions données par un ministre ou un préfet, instructions générales ou spéciales... ».

Sur le caractère matériel de l'ordre, Rolland est particulièrement formel (19) « le supérieur utilise son pouvoir d'instruire en adressant à ses subordonnés des instructions, circulaires, avis, notes et ordres de services destinés à leur indiquer comment ils doivent accomplir leur tâche. Instructions et ordres de service ne sont pas des décisions exécutoires, mais des indications et des conseils donnés d'une manière plus ou moins pressants, des conseils impératifs ».

De même en est-il ainsi pour M. Waline (20), « la méconnaissance, par un subordonné, d'un ordre donné par son supérieur hiérarchique, constitue une faute professionnelle qui l'expose à une sanction disciplinaire, mais elle ne constitue pas une violation d'une règle de droit entachant de nullité la décision de ce subordonné.

D'une manière générale, cette concordance de la doctrine s'explique par les différences qui existent entre le pouvoir d'instruction et la compétence. Une brève comparaison fait, en effet, ressortir deux différences essentielles.

La première se situe sur le plan de l'habilitation. L'autorité administrative ne tient en effet ses pouvoirs que de la loi. Le principe de légalité commande une telle solution. Le maire comme le préfet ne peuvent agir que si une loi est venue leur conférer expressément ce pouvoir. A la base de tout acte juridique existe ainsi un texte de loi.

Or, si nous examinons le pouvoir hiérarchique d'instruction nous nous apercevons que nul texte de loi n'est venu conférer expressément aux supérieurs hiérarchiques le pouvoir de donner des ordres à leurs subordonnés, le pouvoir d'inspirer leurs décisions.

Sans doute ce pouvoir est-il impliqué par l'existence de la hiérarchie, par l'étroite subordination qui se manifeste à tous les échelons de la fonction publique. Mais, on ne peut reconnaître ce-

(16) Jèze, R.D.P. 1906, p. 246 et suiv.
(17) Duguit, *Droit constitutionnel*, éd. 1923, p. 273.
(18) Aucoc, « Conférences de Droit Administratif », 1878, p. 429.
(19) Rolland, « Précis de Droit Administratif », 11e éd. 1957, p. 105.
(20) Waline, *op. cit.*, p. 258.

pendant, faute d'habilitation expresse, un véritable caractère juridique à un tel pouvoir.

L'admettre serait d'ailleurs méconnaître le principe de la répartition des compétences, principe dont le juge administratif entend assurer le respect pour ne pas réduire abusivement la déconcentration administrative. Si donc le juge peut admettre qu'une autorité supérieure ajoute sa décision à celle de l'agent régulièrement compétent à un degré moins élevé de la hiérarchie (ainsi dans le cas où un décret vient régler une matière réservée à l'arrêté ministériel parce qu'alors le ministre compétent ayant signé et pris la décision qui lui appartient, la signature du chef de l'Etat ou du président du conseil apparaît surabondante) (21) il ne saurait en revanche valider l'acte du supérieur qui, se substituant entièrement à son subordonné, exerce le pouvoir de décision, ne laissant plus au subordonné qu'un rôle consultatif.

D'ailleurs dans notre hypothèse il ne s'agit pas, véritablement du principe de séparation des compétences. En effet, dans la plupart des cas, l'autorité supérieure est totalement démunie de pouvoirs propres. Les ordres qu'elle adresse ne sont que le reflet du principe hiérarchique. Et ils peuvent émaner de tous les agents supérieurs même des agents qui n'ont pas le pouvoir de faire l'acte juridique qu'ils enjoignent d'accomplir (22). C'est, en effet, sur le terrain de la compétence ou de l'incompétence de l'auteur de l'acte que le Conseil d'Etat se place pour reconnaître à une décision le caractère d'une simple instruction.

Ainsi adopte-t-il ce raisonnement dans l'arrêt Vittoriani (23). Le requérant, surveillant militaire, attaque pour excès de pouvoir une dépêche du ministre des Colonies ordonnant au gouverneur de la Guyane de « suspendre de leur emploi les surveillants militaires ». Saisi de ce recours, le Conseil d'Etat se prononce en ces termes : « en ce qui concerne les décisions du ministre des Colonies : considérant que ces décisions ne pouvaient avoir que la valeur d'instructions envoyées à une autorité subordonnée et que, dès lors, le requérant doit être réputé avoir été suspendu de son emploi non par l'effet seul de ces décisions, mais par les décisions prises par le gouverneur; qu'ainsi il n'est pas fondé à soutenir qu'il a été frappé par une autorité incompétente ».

Non prévu formellement par un texte de loi le pouvoir hiérarchique d'instruction diffère de la compétence.

(21) C.E. 8 mai 1914, Syndicat des employés de l'artillerie, Rec. Lebon, p. 542 ; C.E. 26 juillet 1947, Rictes de Forges, Rec. Lebon, p. 357 ; 23 décembre 1947, Sapes, Rec. Lebon, p. 493.

(22) Cf. JÈZE, « Droit administratif », 3e éd. 1926, p. 68 et s.

(23) VITTORIANI, 7 juillet 1905, Rec. Lebon, p. 611.

Mais il existe une seconde différence entre le pouvoir d'instruction et la compétence. Elle a trait à la nature des ordres émanant du pouvoir hiérarchique d'instruction. La compétence peut en effet être définie comme une aptitude à produire des actes juridiques unilatéraux obligatoires pour les particuliers.

Or nous avons vu la jurisprudence du Conseil d'Etat dénier toute valeur juridique aux ordres et instructions de service. Tout d'abord, le Conseil d'Etat s'est refusé à examiner les recours dirigés par le fonctionnaire contre de tels ordres.

En second lieu, le Conseil d'Etat a estimé que l'ordre ne pouvait produire aucune conséquence sur la compétence de l'agent en ce sens qu'il ne pouvait ni modifier la répartition des compétences ni couvrir le vice d'incompétence.

Enfin la jurisprudence du Conseil d'Etat a mis en lumière le principe selon lequel l'agent public subordonné n'est pas obligé juridiquement de se conformer à l'ordre de son supérieur hiérarchique. Vis-à-vis de l'ordre le fonctionnaire compétent conserve sa liberté d'appréciation. Et s'il refuse d'obéir, on ne peut pas le contraindre de la même façon que l'on contraint un débiteur à payer une dette. Il n'existe notamment aucune procédure à cet effet, procédure qui, seule, pourrait donner un caractère de décision exécutoire donc d'acte juridique à l'ordre ou à l'instruction.

Certes la méconnaissance d'un ordre entraînera dans la plupart des cas la mise en jeu d'une sanction disciplinaire, mais la sanction ne découle pas à proprement parler du pouvoir hiérarchique d'instruction. Ce dernier n'est que la condition d'application du pouvoir disciplinaire dans les hypothèses où le fonctionnaire a transgressé l'ordre que lui enjoint son supérieur.

Cette différence entre sanction directe et sanction indirecte peut certes paraître formaliste. Elle a toutefois le mérite de mettre l'accent sur le fait que le pouvoir hiérarchique d'instruction ne comporte pas en lui-même sa sanction. Du fait qu'il n'aboutit pas à la création d'une obligation sanctionnée on peut lui dénier le caractère juridique au sens où on l'entend habituellement.

En définitive, l'inexistence d'une habilitation législative, l'absence d'effets proprement juridiques constituent des arguments sérieux en faveur de la thèse qui dénie tout caractère juridique au pouvoir d'instruction. Faut-il dès lors admettre le bien-fondé de l'argumentation doctrinale ? Nous ne le pensons pas. En effet, nous avons déjà signalé l'inexactitude de la théorie qui voit dans l'habilitation législative la source nécessaire de tout pouvoir juridique. Comme le souligne justement M. Rivero (24) : « L'affirmation de

(24) Rivero, thèse précitée, p. 378.

la primauté de la loi ne signifie pas que la loi crée tout le droit... lors donc que, de la nature des choses, il découle entre les individus des relations de subordination, qui se traduisent par l'émission de commandements généraux ou individuels, on peut tenir ces pouvoirs de commandement pour licites, en dehors de toute précision législative expresse... »

Au surplus, si l'ordre ne se répercute pas dans la légalité générale, s'il n'est pas créateur d'une obligation juridique sanctionnée, il ne s'ensuit pas que le pouvoir dont il découle puisse être qualifié de pouvoir de fait. Cette affirmation trop simpliste conduirait à méconnaître les obligations qui naissent du pouvoir d'instruction et qui possèdent dans la sphère de l'ordre intérieur un caractère contraignant certain. Aussi, avant de se prononcer sur la nature du pouvoir d'instruction, il convient de dégager les effets administratifs qui découlent de l'injonction adressée par un supérieur à un inférieur.

Section 3

L'EFFET ADMINISTRATIF DU POUVOIR D'INSTRUCTION

Le pouvoir d'instruction engendre directement l'obligation d'obéissance. Cette obligation d'obéisance est sanctionnée même au cas d'ordres contraires à la fonction. L'exposition de ces deux points permet de souligner l'importance des répercussions administratives du pouvoir d'instruction.

§ 1. — Le devoir d'obéissance.

Le pouvoir hiérarchique d'instruction fait naître en effet à la charge du destinataire une obligation, un devoir d'obéissance. Certes ce pouvoir d'instruction est susceptible de revêtir divers degrés. Sa force contraignante varie notamment en fonction de la diversité des services publics, et à l'intérieur des services en fonction même de la qualité des destinataires. C'est ainsi qu'il n'existe pas à proprement parler un véritable devoir d'obéissance aux ordres en ce qui concerne les magistrats et les professeurs de l'Enseignement Supérieur. L'indépendance traditionnelle de ces professions postule une certaine liberté ou tout au moins un affaiblissement du principe hiérarchique.

Tout au contraire c'est sous sa forme la plus poussée que se présente le pouvoir hiérarchique d'instruction dans l'institution militaire. Le devoir d'abéissance doit s'entendre ici d'une manière quasi absolue, la discipline constituant, dit-on, la force principale des armées. Duguit (25) a même été jusqu'à prétendre, en s'appuyant sur des textes constitutionnels (26) que l'obéissance devait être aveugle. En réalité, cette théorie, si elle a le mérite de mettre l'accent sur une subordination hiérarchique plus étroite dans l'armée, ne rend pas compte des réalités.

Vis-à-vis des gouvernants, tout d'abord, l'obéissance mécanique n'a jamais été appliquée d'une manière absolue, et l'époque actuelle consacre une crise du principe hiérarchique au sein même de l'armée. En cette matière, les précédents étaient nombreux, et il serait fastidieux de rappeler les désobéissances multiples des maréchaux ou généraux à l'autorité des gouvernants. D'ailleurs on ne peut parler réellement d'une obligation juridique d'obéissance. Le devoir d'obéissance ne se conçoit qu'en fonction d'un régime donné, d'une époque donnée et on a connu des cas célèbres de désobéissance qui se révélaient par la suite particulièrement héroïques et justifiés. En réalité, sur le terrain politique la trahison est avant tout selon le mot de Talleyrand « une question de dates » (27).

A l'intérieur même de l'institution militaire le devoir d'obéissance est plus ou moins fort selon la qualité des destinataires du pouvoir d'instruction.

Très poussé vis-à-vis du simple subalterne il l'est moins vis-à-vis de l'officier supérieur qui conserve une certaine liberté d'appréciation. Susceptible de recevoir en pratique certaines atténuations le devoir d'obéissance du militaire n'en est pas moins strictement établi. Le militaire devra obéir même à l'ordre illégal (28). Il ne recouvre sa liberté que si « l'ordre est manifestement contraire à la loi constitutionnelle ou s'il constitue clairement un crime ou un délit grave » (29).

Mais, pour l'ensemble des fonctionnaires, le devoir d'obéissance au supérieur hiérarchique est un principe formel de notre droit public. Le principal effet de l'ordre est en effet que le destinataire

(25) Duguit, « L'Etat », 1903, T. II, p. 629 et suiv.

(26) Article 12 du titre IV de la Constitution de 1791 : « La force publique est essentiellement obéissante ; nul corps armé ne peut délibérer » ; article 3, Loi constitutionnelle du 25 février 1875 : « Le Président de la République dispose de la force armée. »

(27) Sur tous ces points voir R. Lindon, « L'obéissance hiérarchique comporte-t-elle des limites et lesquelles ? » R.A. 1954, p. 159.

(28) Cf. Barthélémy, « L'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents », R.D.P. 1914, p. 505.

(29) Duez et Debeyre, « Traité de Droit administratif », 1952.673.

est tenu de s'y conformer, sauf bien entendu les cas où l'ordre viserait à dicter au fonctionnaire sa conduite privée ou sa conduite politique (30).

Ce devoir d'obéissance est non seulement affirmé par la jurisprudence mais aussi par le législateur. La jurisprudence tout d'abord reconnaît formellement ce principe. Ainsi dans un arrêt Dame Arasse du 27 mai 1949 (31) le Conseil d'Etat affirme nettement que « tout agent est tenu de se conformer aux ordres qu'il reçoit de ses supérieurs hiérarchiques ». De même dans une espèce récente, le Conseil d'Etat a réaffirmé ce devoir au cas où un fonctionnaire méconnaissait un ordre l'enjoignant de rejoindre un poste en Algérie (32).

Ce principe jurisprudentiel est affirmé solennellement par le législateur. Le statut des fonctionnaires de Vichy (loi du 14 septembre 1941, art. 13) disposait notamment que « les fonctionnaires, à tous les rangs de la hiérarchie, sont soumis à une discipline fondée sur l'autorité des chefs, l'obéissance et la fidélité des subordonnés. La discipline se manifeste par une soumission constante aux lois, décrets et règlements en vigueur, et par l'obéissance des subordonnés aux ordres de leurs supérieurs dans l'exercice de leur autorité ».

Le législateur de 1946 n'a pas prévu formellement le devoir d'obéissance de l'inférieur vis-à-vis des ordres de son supérieur. Mais l'absence dans le statut d'une disposition expresse ne consacre pas cependant l'abandon du principe hiérarchique. Les articles 11, 12 et 14 reconnaissent la possibilité de mettre en jeu la responsabilité du fonctionnaire dans les cas, bien entendu, où il méconnaitrait un ordre.

Ce devoir d'obéissance est tellement fort qu'il persiste même quand l'instruction semble à l'agent fâcheuse ou irrégulière, même quand il forme contre elle un recours, même quand elle est irrégulière.

Une telle exigence semble normale. Elle découle du principe hiérarchique, principe qui pourrait être battu en brêche si l'agent subordonné pouvait s'ériger en juge de l'opportunité des ordres du supérieur hiérarchique. Mais, admissible pour les agents subalternes, ce devoir d'obéissance, entendu sous sa forme la plus stricte, semble devoir être partiellement écarté pour les fonctionnaires dotés d'une compétence propre. En effet, la compétence d'un agent

(30) Exception faite des fonctionnaires dont le caractère politique est prédominant (Préfets).

(31) Rec. Lebon, p. 348.

(32) C.E. 31 mai 1961, Ministre de l'Intérieur c/ Maccario, Rec. Lebon, p. 1074.

public n'est pas une prérogative à lui personnellement attribuée. En ce sens, il n'est en aucun cas maître de sa compétence. Dès lors, l'injonction qui lui est adressée ne devrait pas normalement l'incliner à imprimer à sa décision la direction imposée par l'ordre, si cette direction est contraire à la loi de sa compétence. Telle est d'ailleurs l'opinion soutenue par Duguit (33) qui dénie toute existence au pouvoir d'ordre du supérieur, « si le fonctionnaire obéit à l'ordre hiérarchique, c'est précisément parce que sa compétence telle qu'elle est déterminée par la loi consiste à intervenir suivant la direction que lui imprime le supérieur » (34).

Force est pourtant de constater que le devoir d'obéissance aux ordres est sanctionné rigoureusement par la mise en jeu du pouvoir disciplinaire. C'est ainsi que dans l'arrêt : ministre de l'Intérieur c/sieur Maccario, le Conseil d'Etat a admis le bien-fondé d'une révocation motivée par un refus d'obéissance à une décision même entachée d'illégalité. Mais si la méconnaissance d'un ordre est constitutive dans la plupart des cas d'une faute disciplinaire, qu'advient-il dans les hypothèses où l'ordre hiérarchique est manifestement illégal ?

Sur ce terrain, il semblerait rigoureux de maintenir dans toute sa plénitude le devoir d'obéissance hiérarchique, puisque par définition l'ordre aboutit à une violation de la loi et est même parfois constitutif d'un délit pénal.

Il existe des hypothèses où le principe hiérarchique doit céder le pas au principe de légalité.

Il nous reste donc à étudier les sanctions de l'obéissance hiérarchique, dans les cas où l'ordre est contraire à la fonction. Pour cela nous serons amenés à préciser les limites du devoir d'obéissance.

§ 2. — Sanctions de l'obéissance hiérarchique au cas d'ordres contraires à la fonction.

Nous nous proposons d'étudier ces sanctions à la fois sur le terrain de la responsabilité disciplinaire, de la responsabilité pénale, de la responsabilité civile.

A. — Sanctions disciplinaires.

Sur ce terrain la jurisprudence du Conseil d'Etat est parvenue à une formule extrêmement souple qui permet de concilier le prin-

(33) Duguit, « Etudes de droit public », T. 2, p. 626.
(34) *Ibid*, p. 627.

cipe hiérarchique et le principe de légalité. Dans l'arrêt Langneur du 10 novembre 1944 (35) le Conseil d'Etat a, en effet, admis le bien-fondé d'une peine disciplinaire frappant personnellement un agent qui a commis sur ordre des actes présentant de toute évidence un caractère illégal et dont il n'a pu ignorer qu'ils compromettaient gravement le fonctionnement du service public. L'ordre ne couvre pas la responsabilité de l'agent, s'il est constitutif d'une illégalité grave et manifeste. La solution est heureuse. Sur le plan juridique, la thèse de l'obéissance passive aboutirait en effet à des absurdités. L'agent chargé d'assurer l'exécution d'une loi pourrait en assurer impunément la violation. Que dire, en outre, des cas où l'obéissance aveugle serait constitutive d'une violation de la loi pénale, l'irresponsabilité disciplinaire faisant paradoxalement pendant à la responsabilité pénale ? Avec l'abrogation de la loi du 14 septembre 1941 (loi semblant consacrer la thèse de l'obéisance passive, cf. art. 13) « il ne semble plus qu'il puisse y avoir d'hésitation : juridiquement, ce n'est pas la thèse de l'obéissance passive qui doit être acceptée, mais bien celle de l'obéissance éclairée comportant de la part du subalterne le refus d'exécuter des ordres dont l'illégalité est grave et certaine » (36).

Politiquement et socialement la solution de l'arrêt Langneur semble aussi éminemment souhaitable. Elle intervient d'ailleurs dans un climat favorable (après la disparition du régime de Vichy) à la diminution du pouvoir hiérarchique au profit de la participation de plus en plus grande de l'agent au service public. La subordination hiérarchique n'est en effet pas synonyme de soumission aveugle. A cet égard il apparaît nécessaire de bannir du vocabulaire juridique le terme de machine administrative qui n'est pas sans évoquer l'idée de rouages automatiques et inconscients. Le fonctionnaire soumis hiérarchiquement n'en est pas moins un être conscient capable d'apprécier les cas où l'obéissance à un ordre serait susceptible d'engendrer une illégalité grave et manifeste.

C'est en effet ce critère dégagé par l'arrêt Langneur et repris par l'arrêt ministre de l'Intérieur c/sieur Maccario qui constitue la limite du devoir de désobéissance. Et ce critère est singulièrement restrictif. Une simple illégalité ne constitue pas une « illégalité grave et manifeste de nature à compromettre gravement un intérêt public ».

Qu'entend-on par illégalité grave et manifeste ? M. Chavanon considère que le caractère manifeste devra être envisagé en considé-

(35) C.E. 10 novembre 1944 Langneur, J.C.P. 1945.II.2852, note Chavanon, D. 1945.88, conclusions Chenot.

(36) Note Chavanon sous C.E. 10 novembre 1944, Langneur, précité.

ıation de la personne à qui l'ordre illégal est donné. Il est certain que le caractère manifestement illégal de l'ordre est fonction de la qualité du destinataire. A ce titre un fonctionnaire compétent sera mieux à même d'apprécier l'illégalité d'un ordre qu'un agent subalterne inexpérimenté. En tout état de cause, l'expression employée par le Conseil d'Etat « de toute évidence » semble bien marquer le désir de la haute juridiction administrative de restreindre au maximum les cas légaux de désobéissance à l'ordre.

Le même souci se retrouve pour l'exigence d'une illégalité grave. Par là, M. Chavanon rejette le critérium tiré du droit pénal. Il est en effet des infractions pénales d'une importance faible (les contraventions) et on ne peut prétendre que l'accomplissement sur ordre de telles infractions soit constitutif du devoir de désobéissance.

Le meilleur critère semble, à cet égard, être celui tiré de l'intérêt public, le devoir de désobéissance apparaissant toutes les fois où l'ordre aboutirait à prendre une décision compromettant gravement l'intérêt public. Il en sera ainsi, bien évidemment, toutes les fois que la décision prise sur ordre sera constitutive d'un crime, la répression pénale et la répression disciplinaire se conjuguant.

Mais plus généralement, le devoir de désobéissance apparaît dans les hypothèses où l'ordre méconnaît gravement les intérêts des administrés.

En définitive la jurisprudence Langneur semble devoir rallier les suffrages à la fois des partisans du principe de la suprématie de la loi (37) et les tenants du principe de l'obéissance passive (38).

Le devoir d'obéissance subsiste dans ses grandes lignes, et par là, est sauvegardé presque intégralement le principe hiérarchique. D'autre part, le principe de la légalité tempère ce qu'il y aurait d'excessif dans une obéissance aveugle et fait place à un devoir de désobéissance dans les cas strictement délimités où l'exécution de l'ordre aboutirait à une illégalité grave et manifeste de nature à compromettre un intérêt public.

Sur le terrain disciplinaire, la méconnaissance d'un ordre est constitutive d'une faute susceptible d'engendrer une sanction. Tel est le principe. Mais ce principe souffre une exception. La responsabilité disciplinaire n'est pas mise en jeu dans les cas où la déso-

(37) Comme partisans du principe de la suprématie de la loi, cf. Duguit, « Etudes de droit public, », T. 1, Nézard, « Théorie juridique de la fonction publique », Thèse Paris, 1901. Dans le même sens, Perreau, note au Sirey 1896. I.473 ; Jèze (avec une légère différence) « Cours de Droit public », 1923 (Licence) : le fonctionnement des services administratifs, p. 78.

(38) Comme tenant de l'obéissance passive cf. notamment Hauriou, « Précis de Droit administratif et de Droit public », 1933, p. 556 ; Carré de Malberg, « Théorie générale de l'Etat », T. 1, p. 571.

béissance fait suite à un ordre entaché d'une illégalité grave et manifeste.

Cette responsabilité disciplinaire joue d'ailleurs parallèlement à l'égard du supérieur fautif. En effet l'article 12 de la loi du 19 octobre 1946 dispose : « le fonctionnaire chargé d'assurer la marche d'un service est responsable à l'égard de ses chefs de l'autorité qui lui a été conférée pour cet objet, et de l'exécution des ordres qu'il a donnés. Il n'est dégagé d'aucune des responsabilités qui lui incombent par la responsabilité propre de ses subordonnés ».

Après avoir dégagé la sanction disciplinaire du devoir d'obéissance dans les cas où l'ordre est contraire à la fonction il nous appartient maintenant d'examiner les sanctions d'ordre pénal.

B. — Sanctions pénales.

Sous cette rubrique nous engloberons deux catégories de mesures. Tout d'abord les sanctions pénales proprement dites. Enfin les mesures d'épuration prises à l'encontre des fonctionnaires ayant collaboré avec l'ennemi.

1. — *Sanctions pénales proprement dites.*

Aux termes de l'article 327 du Code pénal : « Il n'y a ni crime ni délit lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime. »

Ce texte implique *a contrario* que lorsque l'ordre de l'autorité est irrégulier, parce que non conforme à la loi, le crime ou le délit subsiste. L'obéissance aux ordres des supérieurs hiérarchiques n'est donc pas pour les agents un fait justificatif (39). Il n'en sera autrement que dans les cas où la loi pénale le prévoit d'une manière expresse. Ainsi l'article 114 du Code pénal prévoit-il qu'en matière d'attentats à la liberté d'obéissance à un ordre peut constituer une excuse absolutoire (et non un fait justificatif).

Si l'agent public « justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs pour des objets du ressort de ceux-ci, sur lesquels il leur était dû l'obéissance hiérarchique, il sera exempt de la peine, laquelle sera, dans ce cas, appliquée seulement aux supérieurs qui auront donné l'ordre ». L'article 190 du Code pénal en matière d'abus d'autorité contre la chose publique contient des dispositions analogues.

Cependant aucune extension ne peut être faite par analogie. L'article 65 du Code pénal prévoit qu'il n'est pas du pouvoir du juge d'allonger la liste des excuses ni d'en élargir le domaine. En

(39) Cf. Garraud, « Traité de Droit pénal », p. 219 et s.

effet cet article déclare « nul crime ou délit ne peut être excusé, ni la peine mitigée que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse ».

D'ailleurs l'agent qui se retranche derrière l'ordre illégal n'échappe pas pour autant aux poursuites. L'excuse absolutoire ne fait disparaître que la peine mais non la responsabilité. Il s'ensuit que l'agent peut être déféré à un Tribunal répressif qui se prononcera sur l'excuse invoquée, l'agent pouvant d'ailleurs être condamné à verser une indemnité (40).

Il reste toujours la possibilité d'invoquer l'article 64 du Code pénal en matière de contrainte : « il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu aura été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister ». Mais la jurisprudence des tribunaux répressifs a constamment refusé de tirer de cet article un fait justificatif ou une excuse au bénéfice du fonctionnaire qui a enfreint par ordre la loi pénale (41). Tout au plus l'ordre pourra-t-il constituer une circonstance atténuante ou un motif de sursis dans la mesure surtout où il émanera d'une autorité militaire.

En résumé, il apparaît que l'exécution d'un ordre contraire à la loi, exécution susceptible d'engendrer une infraction, ne fait pas disparaître la responsabilité pénale de l'agent subordonné. Cette responsabilité sera en quelque sorte doublée par la responsabilité propre du supérieur qui a donné l'ordre. L'article 60 du Code pénal considère en effet le supérieur comme le complice de l'agent auquel le délit a été ordonné.

2. — *Les sanctions à titre de l'épuration.*

L'ordonnance du 27 juin 1944 prévoyant l'épuration des agents ayant collaboré avec l'ennemi a donné lieu à une jurisprudence abondante. En l'absence de dispositions précises concernant les rapports entre l'ordre reçu et la culpabilité, le Conseil d'Etat s'est efforcé de transposer en la matière les notions dégagées par l'ordonnance du 28 novembre 1944 sur la répression pénale de la collaboration. De ce fait il a recherché dans chaque espèce si l'action coupable de l'agent avait été accomplie sous l'empire d'une contrainte de nature à faire disparaître sa responsabilité. « Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier qu'en acceptant de procéder sur la demande d'un agent des autorités d'occupation à des ventes répétées d'objets mobiliers provenant de spoliations enne-

(40) Sur tous ces points cf. BOUZAT, « Traité de droit pénal », p. 391.

(41) Cass. crim. 21 décembre 1901, D. 1905.I.543 ; 18 décembre 1909, S. 1912.I.484.

mies, le sieur Camuzat ait agi sous l'empire d'une contrainte telle qu'elle doive être regardée comme l'ayant exonéré de toute responsabilité, que, dans ces conditions, les faits retenus à la charge du sieur Camuzat étaient de la nature de ceux qui pouvaient également motiver en vertu de l'article 1er de l'ordonnance du 27 juin 1944, l'une des sanctions prévues par ce texte » (42). De même dans une affaire Margeot du 25 juillet 1947 (43) le Conseil d'Etat a reconnu explicitement que l'ordre du supérieur hiérarchique n'était pas à lui seul constitutif d'une contrainte.

Par contre, la sanction n'a pas été appliquée dans des espèces où l'agent n'avait fait « qu'obéir à un ordre formel des autorités militaires à l'exécution duquel il ne pouvait se soustraire » (44).

En définitive « le Conseil d'Etat, en l'absence de texte précis sur l'importance à accorder aux ordres hiérarchiques dans l'appréciation de la responsabilité des agents, a adopté des nuances qui rappellent celles que montrent les textes du Code pénal et la jurisprudence répressive : la sanction n'est en fait suspendue que lorsque l'agent n'a fait qu'obéir à un ordre formel des autorités militaires allemandes ou de ses supérieurs, à l'exécution duquel il ne pouvait se soustraire » (45).

Dans le domaine pénal (ou dans celui des épurations) on constate donc que l'ordre ne peut, en règle générale, couvrir la responsabilité de l'agent.

Il nous reste à voir les sanctions de l'obéissance hiérarchique dans le domaine de la responsabilité civile.

C. — Sanctions civiles (46).

Le problème des rapports de l'ordre hiérarchique et de la responsabilité civile des agents publics peut être divisé en deux phases. La première englobe la période s'étendant de la Constitution de l'an VIII jusqu'au décret du 19 septembre 1870. La seconde est postérieure à l'abolition du système de la garantie des fonctionnaires.

(42) C.E. 1er mars 1946, Camuzat, S. 1946.III.45 ; voir aussi C.E. 29 janvier 1947, Viple, Rec. Lebon, p. 604.

(43) Rec. Lebon, p. 346.

(44) C.E. 23 mai 1947, Morel, Rec. Lebon, p. 217 ; 4 novembre 1949, Patrolier, Rec. Lebon, p. 459 ; 3 février 1950, Dolléans, Rec. Lebon, p. 75.

(45) Di Malta, « Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique », thèse Paris, p. 141.

(46) Sur le problème de l'ordre hiérarchique et la responsabilité civile des agents, voir M. Cottin, « L'ordre hiérarchique et la responsabilité des agents publics », Thèse, Rennes, 1941.

1) De l'an VIII jusqu'à la chute du Second Empire, le procédé de l'autorisation préalable (47) a conduit dans la plupart des cas à l'inviolabilité de l'agent obéissant. Le Conseil d'Etat organe plus administratif que contentieux se refuse à délivrer des autorisations de poursuite contre les fonctionnaires qui se sont conformés aux ordres de leurs supérieurs. Le système de la garantie est appliqué avec rigueur. Dans une administration extrêmement centralisée, le principe hiérarchique s'exerce au maximum. Le devoir d'obéissance est entendu strictement. Mais l'absence de responsabilité personnelle vient contrebalancer ce qu'il y a d'excessif dans la mise en jeu de la responsabilité disciplinaire. En contre partie de son étroite soumission au supérieur hiérarchique, le fonctionnaire se soit dégagé de toute responsabilité personnelle. Il est entièrement couvert par les directives que le supérieur hiérarchique a données (48).

On ne peut se dissimuler ce qu'un tel système peut avoir d'arbitraire. L'irresponsabilité de la puissance publique venant doubler la garantie instituée par l'article 75, la victime d'un dommage causé par l'administration ne peut en aucun cas obtenir gain de cause.

L'iniquité d'un tel système n'a pas été sans susciter de nombreuses critiques. Sous la Monarchie de juillet deux projets de loi demandèrent la restriction sinon l'abolition de l'autorisation préalable (49). Mais il faut attendre la chute du Second Empire pour qu'un décret du 19 septembre 1870 vienne abolir l'article 75 de la Constitution de l'an VIII. Ce décret, précisé à la lumière de l'arrêt Pelletier (50) introduit dans notre système juridique le principe de la liberté des poursuites. Mais il reste à se demander si l'admission d'un principe libéral est venue bouleverser l'ancienne présomption en vertu de laquelle l'acte irrégulier fait sur instruction n'est pas faute personnelle de son auteur mais une faute non détachable, une faute de service.

2) Postérieurement à 1870 l'interprétation donnée dans l'arrêt Pelletier fut retenue par la jurisprudence tant judiciaire qu'administrative. La crainte d'être amenés à transformer le principe de la séparation des compétences conduit les tribunaux judiciaires à

(47) Art. 75 de la Constitution de l'an VIII, titre VI, de la responsabilité des fonctionnaires publics, « les agents du gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat ; en ce cas la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires.

(48) C.E. 22 février 1821, Josse, Rec. Lebon, p. 233 ; 7 mai 1823, Tollé, Rec. Lebon, p. 335 ; 10 mai 1860, de Plancy, Rec. Lebon, p. 1374 ; 14 novembre 1860, Jean, Rec. Lebon, p. 1376.

(49) En 1832 projet du député Devaux ; en 1834 projet Barthe.

(50) T.C. 30 juillet 1873, S. 1874.2.28, conclusions David.

rejeter la responsabilité personnelle des fonctionnaires ayant agi sur ordre hiérarchique. Cette position s'inspire de deux considérations.

1° La faute commise dans l'accomplissement d'un ordre échappe à la compétence judiciaire puisque le jugement de cette faute implique la connaissance de l'ordre qui l'a provoquée.

2° Le jugement d'une faute résultant de l'obéissance à un ordre échappe à la compétence judiciaire, puisque l'élément personnel qui permet de détacher la faute de l'opération administrative n'existe plus.

Il en résulte que pour les tribunaux judiciaires l'acte irrégulier fait sur ordre n'est pas faute personnelle de son auteur mais faute de service. Ainsi la responsabilité d'un maire est-elle couverte par une approbation tacite du préfet dans une affaire où le maire avait refusé pendant cinq mois d'hiver la clef de leur logement à un ménage d'instituteurs (51).

Le Conseil d'Etat a adopté la même position. Influencée par la définition de la faute personnelle donnée par Laferrière (52) « celle qui derrière le fonctionnaire, laisse apparaître l'homme avec ses passions, ses faiblesses, ses erreurs », la haute juridiction administrative a admis tout naturellement que l'ordre vienne supprimer la responsabilité personnelle du fonctionnaire obéissant. C'est ce qui résulte de l'arrêt Laumonier-Carriol du 26 novembre 1875 (53). Plus explicite encore est l'arrêt Commune de Boutevilliers du 13 mars 1908 (54). Dans cette affaire le Conseil d'Etat pose en effet nettement le principe de l'obéissance aux ordres reçus. Un fonctionnaire ne peut se refuser à accomplir un acte qui lui a été commandé en se fondant sur son illégalité : « qu'il n'appartient pas au maire d'apprécier la régularité des actes qu'il était chargé de publier ».

Enfin, en matière de service de police, l'ordre hiérarchique changera la plupart du temps la faute personnelle en faute de service. L'exigence d'une faute lourde pour engager la responsabilité de la puissance publique rendra cette transformation plus facile en reculant notablement la frontière entre la faute personnelle et la faute de service au profit de la faute de service (55).

(51) Cass. 22 janvier 1907, Delpech Salgues, S. 1910.I.245 ; voir de même Cass. 20 décembre 1906, Lasserre, S. 1907.I.15.

(52) LAFERRIÈRE, « Traité de la juridiction administrative », 2e éd. T. 1, p. 648.

(53) Rec. Lebon, p. 635.

(54) Rec. Lebon, p. 258.

(55) C.E. 8 novembre 1934, Dame Pasquelin, Rec. Lebon, p. 1023 ; 21 février 1936, Demoiselle Ducassé, Rec. Lebon, p. 232.

La solution apportée par le Conseil d'Etat au problème de la faute, conséquence de l'ordre, n'est donc pas sensiblement différente de celle qu'il donnait lorsqu'il n'était qu'un Conseil administratif et gouvernemental. Sa jurisprudence si riche, si féconde par ses enseignements sous d'autres aspects, est restée sur ce point stationnaire : « la faute personnelle du fonctionnaire disparaît devant l'ordre hiérarchique et se transforme en faute de service : le fonctionnaire est irresponsable » (56).

Il reste à se demander si cette irresponsabilité de principe est admise par le Tribunal des Conflits. Plus nuancé que les Tribunaux civils et le Conseil d'Etat, le Tribunal des Conflits consacre à la fois un principe et des exceptions.

Le principe est que l'acte irrégulier, fait sur ordre, n'est pas faute personnelle de son auteur, mais une faute non détachable, une faute de service. En conséquence, la responsabilité personnelle de l'agent ne sera pas engagée. Ainsi dans l'affaire Usannaz-Joris (57) le tribunal a maintenu l'arrêté de conflit en ce qui concerne l'action en responsabilité personnelle dirigée contre un receveur des postes qui s'était conformé aux ordres du Préfet : « Le receveur des postes, déclare le Tribunal des Conflits, en obéissance à un mandat délivré dans les termes et avec les pouvoirs que confère l'article 10 du Code d'instruction criminelle, n'a fait que remplir un devoir professionnel... »

Telle est d'ailleurs la position générale de la jurisprudence du Tribunal des Conflits (58).

Néanmoins ce principe souffre des exceptions. La responsabilité personnelle sera engagée toutes les fois que l'agent aura commis une irrégularité excessive et consciente. Ainsi le refus d'exécuter une décision de justice le concernant à titre privé constitue-t-il une faute personnelle et ce malgré l'existence d'ordre émanant des supérieurs hiérarchiques (59). De même le fait pour l'inférieur de dépasser l'ordre reçu est constitutif d'une faute personnelle susceptible d'engager sa responsabilité (60). A plus forte raison, l'exécution d'un ordre enjoignant de commettre un délit pénal ne couvre pas la responsabilité personnelle de l'agent. Ainsi la lacération d'affiches électorales même sur ordre du ministre de l'Intérieur constitue

(56) Cottin, *op. cit.*, p. 63.
(57) T.C. 23 et 25 mars 1889, Usannaz-Joris, Rec. Lebon, p. 414.
(58) T.C. 14 juin 1904, Leval, Rec. Lebon, p. 462 ; 5 mai 1877, Laumonnier Carriol, Rec. Lebon, p. 437.
(59) T.C. 30 juin 1949, Lambotin c. Vacherau, Rec. Lebon, p. 606.
(60) T.C. 13 décembre 1875, Requile, Rec. Lebon, p. 804.

un délit pénal susceptible d'engager la responsabilité personnelle de l'agent coupable (61).

En résumé, les solutions du Tribunal des Conflits apparaissent extrêmement souples. Soucieux d'opérer le partage entre la faute personnelle et la faute de service, cette haute juridiction apporte une solution intéressante au problème des rapports de l'ordre hiérarchique et de la responsabilité civile. S'il peut paraître inéquitable d'engager la responsabilité du fonctionnaire obéissant (dans les cas où il a commis un fait dommageable) un système exclusif de toute responsabilité serait tout autant injuste. A cet égard une solution nuancée s'impose. La présomption générale qui veut que l'acte fautif commis sur ordre soit considéré comme fait du service ne doit pas être une obéissance irréfragable. Elle doit s'effacer dans les cas où une obéissance aveugle aboutirait à une violation caractérisée de la loi. Le devoir d'obéissance hiérarchique doit céder, dans certains cas, le pas au devoir plus général du respect de la légalité.

En conclusion, l'étude des sanctions du devoir d'obéissance sur le triple plan disciplinaire, pénal et civil, montre avec netteté la portée et les limites du pouvoir hiérarchique d'instruction. Pouvoir d'inspirer des décisions, ce pouvoir d'instruction engendre, à défaut d'effets proprement juridiques, des effets administratifs importants. La répression disciplinaire, l'irresponsabilité personnelle du fonctionnaire obéissant, consacrent formellement le principe du devoir d'obéissance aux ordres reçus. Certes ce principe n'est pas intangible. Mais les limitations extrêmement réduites qu'il subit (en cas d'illégalité grave et manifeste) n'en diminuent pas pour autant la portée. Et sur le terrain disciplinaire, le fonctionnaire désobéissant se voit infliger une sanction qui l'incitera dans la plupart des cas à déférer passivement aux ordres émanant de ses supérieurs hiérarchiques. L'importance de ces effets administratifs nous conduit de ce fait à refuser la qualification de pouvoir de fait qui s'attache traditionnellement au pouvoir hiérarchique d'instruction. Certes, nous ne méconnaissons pas le sérieux des arguments des auteurs qui ont dénié tout caractère juridique à un tel pouvoir (nous mêmes avons tenté de démontrer que le pouvoir d'instruction n'était pas réellement une compétence au sens traditionnel du terme).

Mais il nous semble fallacieux de prétendre ranger en deux catégories bien distinctes (la catégorie juridique, la catégorie matérielle) les pouvoirs utilisés par l'administration. Que serait au reste un pouvoir matériel susceptible d'engendrer autant de graves réper-

(61) T.C. 15 février 1890, Vincent, Rec. Lebon, p. 134.

cussions sur la carrière de l'agent que le pouvoir hiérarchique d'instruction ? La simple constatation des effets administratifs entraînés par la méconnaissance d'un ordre suffit pour se rendre compte de l'imperfection d'une qualification purement matérielle du pouvoir d'instruction.

Mais si cette dénomination semble à première vue insuffisante, il importe maintenant de préciser, dans la mesure du possible, la véritable nature de ce pouvoir. Tel sera l'objet d'une dernière section.

Section 4

DE LA NATURE PARAJURIDIQUE DU POUVOIR D'INSTRUCTION

Le pouvoir d'instruction revêt, selon nous, un caractère parajuridique indéniable. Deux raisons militent en faveur de cette affirmation.

1) La première tient à l'obligation qui découle du pouvoir d'instruction. Le devoir d'obéissance hiérarchique est affirmé tant par la jurisprudence que par le législateur. L'existence du principe hiérarchique au sein de la fonction publique implique que les fonctionnaires subalternes obéissent aux ordres de leurs supérieurs. Cette obligation d'obéissance est assortie d'une sanction. La désobéissance aux ordres émanant des supérieurs entraîne inéluctablement l'application d'une sanction disciplinaire. Certes, cette sanction ne découle pas automatiquement du pouvoir d'instruction. Elle intervient en quelque sorte parallèlement par le jeu du pouvoir disciplinaire. Mais le caractère indirect de la sanction ne permet pas de dénier toute trace de « juridicité » au pouvoir d'instruction.

En effet, la plupart des sanctions administratives n'interviennent qu'indirectement. Si le supérieur hiérarchique ne peut pas contraindre l'inférieur à exécuter ses ordres, l'autorité administrative ne dispose pas, en règle générale, du pouvoir de contraindre le particulier à obéir à ses injonctions. Le principe est formellement établi et s'il souffre des exceptions, ces dernières doivent être interprétées d'une manière particulièrement restrictive. Ainsi lorsqu'une autorité administrative compétente voudra faire respecter ses décisions elle devra s'adresser aux tribunaux répressifs lesquels soit prononceront une sanction (art. R. 26 C.P.) soit autoriseront l'autorité compétente à procéder d'elle-même à l'exécution forcée. Dans les deux cas, la sanction ne sera donc qu'indirecte.

L'argument tiré de l'absence d'une sanction directe est insuffisant pour dénier tout caractère juridique au pouvoir hiérarchique d'instruction.

2) Ensuite le pouvoir hiérarchique d'instruction présente un certain caractère juridique pour une seconde raison. En effet, il est possible de déceler dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, l'amorce d'un contrôle sur l'exercice même de ce pouvoir. Ce contrôle intervient dans les hypothèses où l'ordre hiérarchique est entaché d'une illégalité grave et manifeste. Conformément à la jurisprudence Langneur, le devoir d'obéissance cède dans ce cas, la place à un devoir formel de désobéissance. Mais pour apprécier la gravité de l'ordre, force est bien de contrôler dans une certaine mesure son illégalité. Certes, ce contrôle ne sera qu'indirect. Il n'interviendra qu'au stade de la décision prise sur ordre puisqu'autant l'ordre est un phénomène interne à l'administration. Néanmoins le contrôle institué sur l'acte pris conformément à l'ordre se répercutera dans une certaine mesure sur l'ordre lui-même. Ainsi par le biais de la jurisprudence Langneur s'instaure un certain contrôle de l'ordre. A cet égard il n'est pas inintéressant de souligner la position des tribunaux judiciaires. Si en effet, ces derniers se sont, en général, refusés à admettre la responsabilité personnelle du fonctionnaire ayant agi sur ordre hiérarchique, c'est avant tout parce qu'ils craignaient que le jugement de la faute implique la connaissance de l'ordre qui l'a provoquée.

Certes l'ordre ne constitue pas, à vrai dire, une décision. Mais, d'un autre côté, il peut paraître formaliste de vouloir dissocier coûte que coûte l'ordre de la décision. L'instruction inspire en effet l'acte juridique, et, dans certains cas, l'ordre possèdera une telle force contraignante qu'aucune séparation ne sera plus possible (notamment en matière militaire). Dénier alors tout caractère juridique à l'ordre pour le reconnaître à la décision qui le suit serait sans nul doute méconnaître la réalité.

Tel n'est pas ordinairement le rôle du juriste. Ce dernier doit s'efforcer d'adapter la règle de droit aux faits. Au cas d'espèce, l'existence d'effets administratifs à caractère contraignant nous conduit à affirmer la nature juridique du pouvoir d'instruction.

Cette nature juridique revêt cependant une physionomie particulière. Elle est à la fois limitée et subordonnée. En effet, le pouvoir d'instruction est cantonné dans le domaine de l'ordre intérieur. Il ne vise que les agents intégrés au corps administratif. Les obligations qu'il engendre seront donc étroitement limitées au plan de la vie intérieure des services publics.

De plus, le caractère juridique du pouvoir d'instruction est subordonné. Cette subordination se manifeste par rapport aux normes de l'ordre juridique supérieur. L'ordre hiérarchique manifestement contraire aux lois de la fonction n'oblige pas l'agent public subordonné. Le pouvoir hiérarchique d'instruction trouve donc naturellement sa limite dans les règles qui ont présidé à son élaboration. Le principe de la légalité qui domine implicitement ou explicitement tout notre ordonnancement juridique vient coiffer en quelque sorte le pouvoir hiérarchique. Il fixe les frontières que le supérieur ne pourra franchir sous peine de transgresser les principes mêmes qui sont à la base de son pouvoir.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

Au terme de cette étude il importe de résumer les conclusions auxquelles nous avons abouti. Limités aux seuls agents publics, les pouvoirs sur les agents évoluent en fonction de la tendance à reconnaître aux fonctionnaires des droits plus importants face à la puissance publique. Dans le domaine de l'emploi la loi du 19 octobre 1946 et l'ordonnance du 4 février 1959 sont venues limiter l'ancien pouvoir discrétionnaire du supérieur hiérarchique, en l'obligeant à s'entourer de l'avis des commissions administratives paritaires. La reconnaissance implicite d'un droit à l'emploi (conséquence possible du problème du logement) au profit du fonctionnaire vient donc restreindre la portée du pouvoir hiérarchique sur l'emploi. De pouvoir d'ordre intérieur on s'achemine ainsi par le biais d'une amélioration de la situation du fonctionnaire vers un véritable pouvoir juridique. A cet égard, l'amorce d'un certain contrôle du détournement de pouvoir confirme cette tendance. L'admission du recours contre les décisions relatives à l'emploi, l'ébauche d'un contrôle au fond sont donc autant d'exemples du « déclin du pouvoir hiérarchique ». Cette tendance générale s'inscrit d'ailleurs dans l'évolution du rôle du Conseil d'Etat en matière contentieuse. Le rôle juridictionnel assumé antérieurement par le chef de l'Etat et en règle générale par les diverses autorités administratives a été dévolu depuis 1872 (justice déléguée) aux anciens conseils consultatifs. Ce transfert de pouvoir a non seulement caractérisé à l'époque une disparition partielle de la toute puissance administrative, mais à l'heure actuelle, il est à l'origine de la disparition progressive du pouvoir hiérarchique. Certes là où il subsiste encore, c'est-à-dire avant tout dans le domaine de l'emploi, le pouvoir hiérarchique revêt essentiellement un caractère discrétionnaire. De même en est-il dans le domaine militaire.

Mais ce caractère discrétionnaire s'estompe de jour en jour. La reconnaissance d'un certain caractère juridique au pouvoir hiérarchique sur l'emploi, permet, à cet égard, l'amorce d'un contrôle descendant jusqu'aux derniers échelons de la vie administrative.

Le mouvement jurisprudentiel est amorcé. La transformation de l'ancien pouvoir d'ordre intérieur en pouvoir véritablement juridique est proche. Déjà les étapes ont été marquées par la jurisprudence admettant la recevabilité du recours et instituant un certain contrôle au fond. Il ne reste plus au législateur qu'à reconnaître un

véritable droit à l'emploi pour que disparaisse définitivement l'ancien pouvoir de direction, pouvoir d'ordre intérieur.

Dans le domaine du pouvoir hiérarchique d'instruction, l'évolution semble moins nette. La raison en est que l'ordre ne constituant pas véritablement une décision, un contrôle véritable ne peut être institué. Cependant, nous avons reconnu la possibilité pour le Conseil d'Etat d'exercer un contrôle indirect de l'ordre dans l'hypothèse d'une illégalité grave et manifeste.

Pour ce détour il semble possible d'espérer un jour venant un contrôle préventif de l'ordre, contrôle destiné à faire cesser l'illégalité à sa source.

Quoi qu'il en soit, l'examen des divers arguments précités nous amène à reconnaître au pouvoir hiérarchique d'instruction comme un pouvoir hiérarchique sur l'emploi un véritable caractère juridique. Par les effets qu'ils engendrent ces deux sortes de pouvoir prennent rang dans la vie juridique. Leur place est certes modeste. Limités à l'ordre intérieur, subordonnés au plan de la légalité générale, les pouvoirs sur les agents diffèrent de la compétence. Mais cette situation subordonnée ne doit pas faire illusion. En réalité, il ne s'agit pas tant d'une situation subordonnée que d'une situation distincte, correspondant à l'existence d'une dualité d'ordres juridiques. M. Rivero semble conduit, au terme de son ouvrage sur les mesures d'ordre intérieur, « à accepter franchement le principe de deux ordres de normes, dont les unes, émanées des autorités constitutionnelles investies du pouvoir de créer du droit, tirent « de la qualité des organes dont elles procèdent, et de leur forme, valeur pour toute la communauté nationale, et dont les autres émanées d'un pouvoir spontané qui se fait jour à l'intérieur d'un ordre particulier, ne valent que dans cet ordre ».

Pour notre part, nous souscrivons entièrement à l'opinion de cet éminent auteur. La dualité des ordres nous semble correspondre parfaitement à la réalité. La ligne de partage entre la légalité intérieure et la légalité générale s'opérera en fonction de la qualité du destinataire des pouvoirs. Simple agent public non titulaire de droits, fonctionnaires à statut, administrés, constituant ainsi les différentes catégories en vertu desquelles varieront la nature et l'exercice du pouvoir de l'administration.

Discrétionnaires quant à leur exercice, spontanés quant à leur origine, tels apparaissent les pouvoirs sur les agents, pouvoirs dont le domaine d'application est restreint à la catégorie la plus démunie : celle des agents publics étroitement soumis à la toute puissance administrative.

TITRE II

LE POUVOIR SUR LE SERVICE

La vie intérieure de l'administration implique non seulement l'existence d'un pouvoir sur les agents mais aussi l'admission au profit d'un chef d'un pouvoir d'organisation sur son service.

Par pouvoir sur le service, on entend ainsi l'aptitude conférée à un supérieur pour réglementer et organiser le service placé sous son autorité. Cette définition permet de situer le pouvoir sur le service par rapport au pouvoir réglementaire et aux pouvoirs sur les agents.

1. — Pouvoir sur le service et pouvoir réglementaire.

Le pouvoir du chef de service a pour but essentiel de fixer les règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des services publics. Il est donc avant tout créateur d'une réglementation objective, valable à l'intérieur des cadres dans lequel il intervient. Par la même il semble se confondre dans le pouvoir réglementaire.

En réalité il n'en est rien. S'il peut paraître difficile de tracer la frontière entre le pouvoir du chef de service et le pouvoir réglementaire, c'est faute d'avoir suffisamment précisé les différences existant entre la légalité intérieure et la légalité générale. Le pouvoir sur le service s'inscrit essentiellement dans le cadre de la légalité intérieure.

Certes, l'examen de la jurisprudence nous révèlera qu'il est à l'origine d'obligations générales et impersonnelles. De même ces obligations seront sanctionnées. Mais le pouvoir du chef de service

est étroitement cantonné dans l'ordre intérieur. Les obligations qu'il crée ne sont valables que dans la sphère étroite du service public. Elles ne visent, en tout état de cause, qu'une catégorie spéciale de destinataires : les agents publics d'une part, les collaborateurs et usagers du service public d'autre part.

Cette différence du destinataire se double d'une différence de nature. L'examen de la jurisprudence nous en révélera la portée. Sans empiéter sur ce qui constituera l'essentiel de nos développements ultérieurs, il importe cependant de préciser que le pouvoir du chef de service ne découle d'aucune habilitation législative ou réglementaire. Tout au plus l'arrêt Jamart est-il venu préciser formellement ce que déjà la jurisprudence antérieure avait consacré.

Pouvoir spontané intervenant en dehors de toute habilitation expresse, pouvoir limité à l'organisation et au fonctionnement des services publics, le pouvoir du chef de service semble donc bien ne pas faire double emploi avec le pouvoir réglementaire.

2. — Pouvoir sur le service et pouvoir sur les agents.

En outre, le pouvoir sur le service diffère des pouvoirs sur les agents. Nous avons déjà signalé que les différences se situaient au double plan des destinataires et des titulaires de ces pouvoirs. Le pouvoir sur le service vise en effet non seulement les agents publics mais aussi les personnes qui ont des relations occasionnelles ou régulières avec le service. Il est certain que la loi du service s'applique aussi bien aux agents qu'aux collaborateurs ou usagers. Ces derniers se mettent volontairement en relation avec le service. Ils sollicitent une prestation, réclament un service. Il est dès lors normal qu'ils soient soumis à la réglementation interne du service (1). Le pouvoir sur le service englobe donc une catégorie plus large de destinataires que le pouvoir hiérarchique.

En outre nous avons vu précédemment que le titulaire du pouvoir sur le service dispose d'une certaine indépendance que ne possède pas le supérieur hiérarchique (exception faite du ministre, chef de service par excellence et chef suprême de la hiérarchie).

On constate donc que le pouvoir sur le service se situe dans un autre domaine que celui du pouvoir réglementaire et du pouvoir sur les agents.

Cependant, pouvoir d'ordre intérieur, le pouvoir sur le service trouve sa place dans une étude consacrée aux pouvoirs d'ordre intérieur.

(1) Sur ce point, cf. Rivero, Thèse précitée, p. 258 et suiv.

Son autonomie, les particularités qu'il revêt, nous incitent donc à entreprendre l'étude de sa nature et de son exercice. Pour ce faire l'examen de la jurisprudence s'impose. Ce n'est qu'à la lumière de ses enseignements que nous pourrons assigner au pouvoir du chef de service la place exacte qu'il doit occuper dans l'ensemble des pouvoirs administratifs.

Section 1

EXAMEN DE LA JURISPRUDENCE

L'étude de la jurisprudence révèle l'existence de deux périodes relatives au pouvoir de réglementation du chef de service. Dans une première phase, certaines décisions semblent reconnaître de manière incidente l'existence d'un pouvoir de réglementation au profit du ministre. La seconde période s'ouvre en 1926 avec l'arrêt Jamart. L'arrêt du 7 février 1936 vient reconnaître d'une manière explicite ce que la jurisprudence antérieure admettait déjà implicitement.

Avant d'analyser la portée du principe dégagé par l'arrêt Jamart, il semble donc nécessaire d'analyser la jurisprudence antérieure à 1936.

§ 1. — Les précédents de l'arrêt Jamart.

Antérieurement à l'arrêt Jamart, la majorité de la doctrine s'accordait pour refuser au ministre tout pouvoir de réglementation.

L'opinion majoritaire (2) était exprimée par Carré de Malberg en ces termes « Sans doute, le ministre est appelé par sa qualité même de chef d'un département ministériel, à émettre de nombreuses prescriptions réglant en termes généraux la conduite du fonctionnaire et la procédure des affaires dépendant de ce département. Mais ce ne sont là que des règles de service intérieur qui ne sauraient être assimilées à celles décrétées par les règlements au sens strict du mot. »

Pourtant dès 1920 un arrêt Union générale des fonctionnaires de l'Enregistrement (3) semble apporter un démenti formel aux affir-

(2) Carré de Malberg, « Contribution à la théorie générale de l'Etat », Paris, 1922, n° 225 ; voir aussi, Moreau, « Le règlement administratif », Paris 1902, p. 384 ; Berthélemy, « Traité élémentaire de droit administratif », Paris, 1933, 11e éd., p. 143.

(3) C.E. 3 décembre 1920, Rec. Lebon, p. 1033.

mations de la doctrine. Sur un recours dirigé contre une décision du ministre des Finances relative à l'organisation de ses services, le Conseil d'Etat reconnaît « qu'en l'absence de toute disposition de loi ou de règlement relative au mode de recouvrement de l'impôt nouveau, le ministre des Finances, chargé de l'organisation de ses services, a pu, sans excès de pouvoir, confier ce recouvrement à l'administration des contributions indirectes... ».

La formule est significative. En dehors de toute habilitation le Conseil d'Etat reconnaît formellement au ministre un pouvoir de réglementation et d'organisation de son service. De plus la recevabilité du recours ne semble soulever aucun doute. Si la requête est rejetée, ce n'est qu'après un examen au fond. L'argument tiré de la nature intérieure de ce pouvoir semble donc ne pas pouvoir être accepté.

Par la suite, on retrouve dans la jurisprudence du Conseil d'Etat un certain nombre d'arrêts qui peuvent, semblent-ils, être considérés comme des précédents de l'arrêt Jamart. A cet égard l'arrêt Devez (4) fait figure de précurseur. Un directeur de l'hôpital-hospice de Cayenne s'étant pourvu contre un arrêté du gouverneur de la Guyanne Française modifiant le règlement intérieur de l'hôpital, le Conseil d'Etat se prononce en ces termes :

« Considérant, d'une part, qu'en modifiant pour l'avenir la répartition des attributions du personnel médical de l'hôpital-hospice de Cayenne et en décidant que le contrôle technique de cet établissement serait désormais exercé par le chef du service de santé de la colonie, le gouverneur de la Guyanne n'a méconnu aucune disposition législative ou réglementaire et que le droit aux avantages résultant pour le Docteur Devez de la réglementation antérieure était subordonné au maintien de cette réglementation.

Considérant d'autre part, qu'il résulte de l'instruction que les arrêtés attaqués n'ont pas été pris en vue d'un but autre que l'intérêt général du bon fonctionnement du service... »

Cet arrêt revêt une importance particulière.

Tout d'abord une constatation s'impose. L'arrêt Devez ne mentionne aucune loi, aucun règlement susceptible d'étayer en quelque sorte le pouvoir reconnu au gouverneur. Certes, il est fait allusion aux lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872. Mais nous avons déjà signalé que la référence aux textes précités ne pouvait constituer l'habilitation que l'on retrouve à la source de toute compétence administrative. Force est donc de constater le caractère spontané de ce pouvoir.

(4) C.E. 19 novembre 1924, Rec. Lebon, p. 905.

En second lieu, l'arrêt Devez permet de préciser les contours de ce pouvoir de réglementation. L'allusion faite à la « non-méconnaissance » d'une disposition législative ou réglementaire met l'accent sur le caractère subordonné du pouvoir sur le service. Par là il semble bien se situer dans le cadre de la légalité intérieure.

Enfin, le contrôle du but, auquel il est fait allusion dans le dernier considérant de l'arrêt, permet déjà de préjuger de la solution que nous serons amenés à donner sur le fondement et la nature de ce pouvoir de réglementation. Par le biais du contrôle du détournement de pouvoir, la censure du Conseil d'Etat va pouvoir être exercée. Limité au but d'intérêt général, le pouvoir du chef de service, intervenant en dehors de toute habilitation, va tout naturellement se fonder sur l'intérêt même du service.

L'arrêt Baltazar du 23 novembre 1932 (5) s'inscrit dans le même sens que la jurisprudence précédemment dégagée. De même en est-il pour un arrêt Doineau du 22 octobre 1930 (6).

Mais ces différentes décisions concernent toutes, le pouvoir du chef de service dans ses rapports entre le service et ses agents. Dès lors, on pourrait légitimement se demander si antérieurement à l'arrêt Jamart, le pouvoir du chef de service restait étroitement cantonné dans le domaine des rapports agents-service public. Restreint à une catégorie spéciale de destinataires, le pouvoir de réglementation du chef de service n'aurait été élargi que par l'arrêt du 7 février 1936, la décision Jamart conservant à ce titre toute son originalité.

En fait il n'en est rien. Sur ce dernier terrain, l'arrêt Jamart ne vient qu'entériner une jurisprudence déjà établie.

Ainsi dans un arrêt Fedel du 5 janvier 1934 (7), l'assemblée du Conseil d'Etat avait admis, en dehors de toute habilitation législative ou réglementaire, la possibilité pour le ministre de l'Education nationale de prendre toutes mesures nécessaires au fonctionnement et à l'organisation du service placé sous son autorité. Indirectement, il est bien certain que ce pouvoir se répercute sur les usagers c'est-à-dire sur les élèves (8).

Cependant il est nécessaire de constater que cette jurisprudence n'est pas uniforme. Il serait vain d'essayer de dissimuler les arrêts, somme toute, assez nombreux qui ne s'inscrivent pas dans l'évolution précédemment dégagée. Bon nombre de décisions reconnaissent en effet le principe d'après lequel c'est au chef de l'Etat qu'il

(5) Rec. Lebon, p. 979.
(6) Rec. Lebon, p. 842 ; voir aussi C.E. 13 mars 1914, Vuillermoz, Rec. Lebon, p. 354.
(7) Ass. Rec. Lebon, p. 30.
(8) Voir aussi dans le même sens, C.E. 10 janvier 1936, Giraud, section, p. 46.

incombe de prendre les mesures exigées par l'organisation et le fonctionnement des services publics. Nous n'en voudrons comme exemple que l'arrêt Mogambury du 2 décembre 1892 (9).

Dans cette espèce le commissaire du gouvernement Romieu se prononce en ces termes « le droit de répartir les attributions des agents administratifs nous paraît être de l'essence du pouvoir du Chef de l'Etat, sauf en ce qui concerne ses attributions propres, fixées par la Constitution ou la loi, et dont il n'a pas droit de se décharger de sa propre autorité. Ce droit supérieur du chef de l'Etat découle pour nous du droit qu'il a de répartir les fonctions et les services publics entre les divers ministères. C'est, en effet, le Président de la République qui décide que telle ou telle branche de l'administration dépendra de tel ou tel ministère, et ce sont des décrets qui ont successivement rattaché à des ministères différents les cultes, les colonies, les postes ».

Ces conclusions confirmées par un certain nombre de décisions (10) viennent donc réduire la portée de la jurisprudence précitée. En réalité, l'examen des arrêts du Conseil d'Etat ne permet pas de trancher définitivement le conflit entre les partisans et les adversaires d'un pouvoir de réglementation autonome du chef de service.

Tout au moins l'étude de la jurisprudence favorable à la reconnaissance d'un pouvoir propre du chef de service n'aura-t-elle pas été inutile. Elle aura permis de mettre l'accent sur des décisions antérieures à l'arrêt Jamart et qui constituent à juste titre de véritables précédents. Cependant la jurisprudence précitée ne tranche pas le débat d'une manière définitive. Avec l'arrêt Jamart le pouvoir du chef de service va prendre rang dans le domaine des pouvoirs administratifs bien établis.

§ 2. — L'arrêt Jamart et les décisions postérieures.

L'arrêt Jamart constitue « une de ces décisions exceptionnelles dans lesquelles le Conseil d'Etat, se départissant de sa réserve accoutumée, n'hésite pas à formuler, en lui donnant tout son relief, le principe dont il fait application ». Ainsi se prononçait M. Rivero au début de sa note consacrée à l'arrêt Jamart.

L'importance de cette décision mérite, semble-t-il, que l'on s'y attarde quelque peu.

(9) Rec. Lebon, p. 838, concl. Romieu.

(10) C.E. 19 février 1904, Chambre syndicale de fabricant et constructeur de matériel pour chemin de fer, Rec. Lebon, p. 133 ; 4 mai 1866, Babin, Rec. Lebon, p. 361, conclusions Romieu.

Aux termes de la loi du 31 mars 1919, les titulaires de pension d'invalidité doivent subir périodiquement des examens médicaux. A cet effet, ils ont la possibilité de se faire assister d'un médecin de leur choix. Le docteur Jamart était ainsi amené à participer au fonctionnement d'un service public. A la suite de divers incidents, le ministre des Pensions, par arrêté en date du 7 septembre 1934 lui interdit l'accès de tous les centres de réforme, estimant que la venue du sieur Jamart perturbait le fonctionnement du service public. Or, nul texte n'était venu conférer au ministre la possibilité de prendre des règles obligatoires et sanctionnées relatives au service placé sous son autorité. Saisi d'un recours intenté par le sieur Jamart contre l'arrêté ministériel, le Conseil d'Etat se prononce en ces termes : « même dans les cas où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire, il leur appartient, comme à tout chef de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité ». La formule est significative. Elle met fin aux traditionnelles controverses doctrinales relatives au pouvoir réglementaire du ministre. Le principe ainsi dégagé apparaît comme le fruit d'une nécessité déjà perçue dans la jurisprudence antérieure. L'arrêt Jamart vient donc reconnaître le rôle du chef dans l'administration générale. La reconnaissance d'un tel principe ne nous semble pas étrangère à une importante décision relative aux pouvoirs du chef de l'Etat.

L'arrêt Labonne du 8 août 1919 (11) consacre, en effet, le principe que le chef de l'Etat peut, en dehors de toute habilitation législative, faire des règlements dans les matières de police pour toute l'étendue du territoire.

Mais si les considérations qui ont présidé à l'élaboration d'un tel pouvoir peuvent sembler analogues, la similitude entre le pouvoir du chef de service et le pouvoir du chef de l'Etat est loin d'être totale.

Le pouvoir reconnu par l'arrêt Jamart n'est pas, à vrai dire, un pouvoir réglementaire. La faculté de réglementer et d'organiser est étroitement cantonnée dans la sphère du service public. C'est l'intérêt du service qui conditionne ce pouvoir, c'est aussi l'intérêt du service qui en précise l'étendue et les limites.

Dans l'espèce Jamart, le Conseil d'Etat a, en effet, étroitement subordonné le pouvoir de réglementation que, d'un autre côté, il reconnaissait explicitement. Ainsi, a-t-il prononcé l'annulation de l'arrêté ministériel en se fondant notamment sur le fait que les « lettres adressées par le sieur Jamart au ministre des pensions, quel

(11) C.E. 8 août 1919, Rec. Lebon, p. 737.

qu'ait été leur caractère regrettable, ne contenaient pas de menace précise de nature à troubler le fonctionnement du centre de réforme de Paris ». Cette formule permet de constater que le pouvoir de réglementation du chef de service s'arrête là où finit l'intérêt du service. Le contrôle du but de la mesure, contrôle qui implique la connaissance des faits matériels reprochés, fixe ainsi les limites du pouvoir de réglementation du chef de service.

Subordonné à l'intérêt du service, le pouvoir dégagé par l'arrêt Jamart l'est aussi par rapport aux droits des administrés. A cet égard, l'arrêt insiste sur le fait que le docteur Jamart, collaborateur d'un service public « était appelé à y pénétrer pour assister en vertu de l'article 9, § 5, de la loi du 31 mars 1919, les anciens militaires bénéficiaires de ladite loi ». Le pouvoir du chef de service se heurte donc à l'existence d'un droit reconnu formellement par une loi. De ce fait, il apparaît étroitement limité au plan de la légalité intérieure. Mais à l'intérieur de ce cadre il est créateur de véritables obligations sanctionnées. Au cas d'espèce, la mesure d'interdiction a certes été annulée, mais elle ne l'a été que parce qu'elle ne reposait pas sur une appréciation correcte des exigences du service. S'il était apparu que les activités du sieur Jamart troublaient effectivement le fonctionnement du service, le ministre des pensions aurait pu légitimement, pour une durée limitée, lui interdire l'accès des centres de réforme. Le pouvoir de réglementation se double donc d'un véritable pouvoir de sanction dont la jurisprudence a reconnu de tout temps le bien-fondé (suspension de la communication téléphonique à l'égard d'un abonné coupable d'avoir prononcé à l'adresse des agents du service des paroles injurieuses) (12).

Postérieurement à 1936, de nombreux arrêts sont venus confirmer les principes dégagés par l'arrêt Jamart. La jurisprudence ultérieure reconnaît le pouvoir de réglementation du chef de service et en précise l'étendue. Ainsi le pouvoir du chef de service peut s'exercer aussi bien dans le domaine des rapports entre le service et ses agents (13), que dans celui des rapports entre le service et les usagers (14).

Mais en tout état de cause, les ministres, à défaut d'un texte d'habilitation, ne disposent pas d'un véritable pouvoir réglementaire autonome. Ils ne bénéficient que des pouvoirs inhérents à la fonction de chef de service. Ainsi vient d'en décider le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 6 octobre 1961, Union nationale des associa-

(12) Voir notamment C.E. 23 mars 1906, Delle Chaucun dite Sylviac, S. 1908.3.17, note Hauriou.

(13) C.E. 31 mai 1944, Gaillard, Rec. Lebon, p. 157 ; 7 mars 1947, Delle Chaminade, Rec. Lebon, p. 99.

(14) C.E. Assemblée 1er avril 1949, Chaveneau, Rec. Lebon, p. 161.

tions de parents d'élèves de l'enseignement libre, arrêt rendu conformément aux conclusions du Commissaire du Gouvernement Bernard (15) « Considérant qu'aucun texte n'a donné compétence au ministre de l'Education Nationale pour fixer les conditions de remboursement des frais engagés par les familles pour assurer la fréquentation scolaire de leurs enfants; qu'il suit de là que les dispositions des circulaires attaquées limitant le bénéfice de ce remboursement aux familles dont les enfants fréquentent une école primaire publique sont entachées d'incompétence et doivent dès lors être annulées. »

L'arrêt du 6 octobre 1961 vient donc trancher définitivement le débat relatif au pouvoir réglementaire du ministre. Il consacre cependant *a contrario* l'existence d'un pouvoir de réglementation autonome, pouvoir inhérent aux fonctions du chef de service.

A la lumière des enseignements de la jurisprudence antérieure comme postérieure à l'arrêt Jamart, il nous appartient maintenant de préciser la nature et l'exercice du pouvoir de réglementation du chef de service.

Fidèle à notre méthode précédente, nous nous proposons de confronter le pouvoir de réglementation du chef de service à la définition de la compétence déjà dégagée. Nous serons ainsi amenés à constater la nature du pouvoir sur le service par rapport aux normes de la légalité générale. Puis, dans une seconde phase, nous nous efforcerons de préciser la nature intrinsèque de ce pouvoir, ce qui nous conduira à étudier son exercice.

Section 2

POUVOIR SUR LE SERVICE ET COMPETENCE

La compétence d'un agent public est une aptitude légale à créer des actes juridiques unilatéraux : le Président de la République, le Premier ministre, les préfets, les maires possèdent, à des titres divers et selon certaines modalités propres, la plénitude de la compétence administrative en ce sens qu'ils peuvent créer des règles obligatoires valables pour l'universalité des citoyens (résidant sur un territoire déterminé).

(15) Section, Rec. Lebon, p. 550, conclusions Bernard à la R.D.P. 1961, p. 1271.

vue de tout utilité. Le ministre dispose, en effet, de par sa double qualité, politique et administrative, à la fois du pouvoir réglementaire du Président de la République ou Premier ministre (par la règle de contreseing) et du pouvoir réglementaire du préfet (par le canal du pouvoir hiérarchique).

En réalité le problème est mal posé. Nous avons déjà vu que le pouvoir du chef de service ne pouvait se confondre avec le pouvoir réglementaire. Sur le terrain de l'habilitation le pouvoir de réglementation s'en différencie par son caractère spontané fruit « d'une nécessité non pas même juridique ou logique, mais biologique » (16). De la sorte, il semble échapper au premier élément qui compose la définition de la compétence : aptitude prévue par la loi.

Les autres éléments composant la définition de la compétence ne semblent pas, non plus, pouvoir être retrouvés dans le pouvoir de réglementation du chef de service. En ce sens, où le pouvoir réglementaire crée du droit qui s'impose à tous les citoyens du territoire national, le ministre n'a pas le pouvoir réglementaire.

Le pouvoir de réglementation du ministre vise la catégorie spéciale des agents, collaborateurs, usagers qui sont en rapports fréquents ou occasionnels avec le service.

Mais en aucun cas, le pouvoir du chef de service ne visera l'universalité des citoyens. Leur qualité de tiers par rapport au service public les fait échapper au pouvoir de réglementation du chef de service.

De plus, ce pouvoir n'est pas véritablement créateur d'obligations sanctionnées. Du moins les sanctions qu'il comporte ne revêtent-elles pas le caractère de sanctions pénales. Or, nous savons que la présence de sanctions répressives est en quelque sorte la marque distinctive d'une compétence administrative. Tout au plus le pouvoir de réglementation du chef de service engendrera-t-il des

Or, il apparaît à l'évidence que les composantes de cette définition de la compétence ne se retrouvent pas à propos du pouvoir de réglementation du chef de service.

Tout d'abord le pouvoir de réglementation du chef de service est exercé en dehors de toute habilitation législative ou réglementaire. Certes, il existe bien des règles qui fixent les principes essentiels de l'organisation des différents services publics. Mais ces textes, si précis soient-ils, ne peuvent être considérés comme constituant le fondement législatif du pouvoir du chef de service. La doctrine ne s'y est pas trompée, qui, dans sa majorité, a dénié au ministre le pouvoir réglementaire. Il est vrai que ce refus procédait d'une confusion entre le pouvoir réglementaire et le pouvoir du

(16) Rivero, note sous arrêt Jamart, précité.

chef de service; la confusion s'opérant, dans l'esprit de la doctrine, dans la personne du ministre, chef par excellence d'un département ministériel. Les auteurs prétendaient d'ailleurs que la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire, au profit du ministre, serait dépour- sanctions disciplinaires pour les agents fautifs ou des sanctions variées pour les collaborateurs et usagers (sanctions pouvant revêtir la forme d'interdictions [voir Jamart précité] d'exclusions ou de suppression [Cf. Dlle Chauvin, précité]).

Enfin l'absence d'une réelle publicité restreint le pouvoir de réglementation du chef de service dans le domaine de l'ordre intérieur. A cet égard la publication des circulaires, arrêtés, et autres documents intérieurs aux Bulletins officiels ne constitue pas une véritable mesure de publicité. De même en est-il dans les hypothèses où le pouvoir de réglementation du chef de service emprunte la forme de l'arrêté, la publication au *Journal Officiel* répondant plus à un but de commodité qu'à la nécessité d'une publication régulièrement organisée.

Ainsi à divers titres, le pouvoir de réglementation du chef de service ne semble pas pouvoir être rangé dans la catégorie des compétences administratives au sens où nous avons employé ce terme. Mais il n'en résulte pas qu'il faille lui dénier tout caractère juridique. Une telle position ne serait d'ailleurs plus de mise dans le climat créé par l'arrêt Jamart. Tout au plus peut-on constater après cet examen l'existence d'une certaine autonomie par rapport aux compétences administratives. Mais cette simple constatation s'avère insuffisante. Poussant plus loin notre effort, il nous appartient maintenant de dégager à l'aide de la jurisprudence précitée, la véritable nature du pouvoir de réglementation du chef de service.

Section 3

NATURE DU POUVOIR SUR LE SERVICE

L'examen de la jurisprudence précédemment étudiée permet de dégager un certain nombre d'arguments en faveur du caractère juridique du pouvoir de réglementation sur le service.

Tout d'abord sur le terrain de l'habilitation, la jurisprudence Jamart est venue reconnaître expressément le pouvoir du chef de service. Certes nous ne méconnaissons pas le caractère subordonné de cette habilitation jurisprudentielle par rapport à une habilitation législative ou réglementaire, la jurisprudence étant traditionnellement considérée comme une des dernières sources des pou-

voirs juridiques. Mais le juge administratif, faute de textes précis, n'en dégage pas moins, à l'aide des principes généraux du droit, certaines règles qui ont valeur de droit positif (cf. notamment, le recours pour excès de pouvoir, la responsabilité de la puissance publique).

A ce titre le juge administratif français est la source d'un ensemble de règles qui ont pris rang dans la légalité générale.

De plus M. Rivero reconnaît formellement au juge administratif la possibilité de dégager, à l'aide des principes généraux de véritables pouvoirs (17) : « Il y a une logique interne des institutions, il y a, d'autre part, des nécessités inhérentes à la vie en société, abstraction faite de toute préoccupation éthique; par là s'expliquent le principe de la continuité du service public, le principe du pouvoir de réglementation du chef de service, le principe d'une légalité spéciale pour les circonstances exceptionnelles.

Quoi qu'il en soit, l'absence de toute habilitation même jurisprudentielle, serait à notre sens insuffisante pour dénier au pouvoir de réglementation du chef de service tout caractère juridique. Nous avons déjà signalé, à propos du pouvoir hiérarchique, l'inexactitude des théories qui considèrent qu'une habilitation est nécessaire pour caractériser un pouvoir juridique. Aussi est-il nécessaire de se placer sur un autre terrain, le terrain contentieux, pour dégager la nature exacte des pouvoirs de réglementation du chef de service.

Sur le terrain contentieux, l'examen de la jurisprudence antérieure comme postérieure à l'arrêt Jamart nous révèle à la fois la recevabilité des recours dirigés contre les mesures relatives à l'organisation et au fonctionnement du service et l'existence d'un certain contrôle au fond.

Sur le plan de la recevabilité, il ne semble pas possible d'admettre la traditionnelle fin de non-recevoir tirée de la nature de l'acte. Les mesures relatives à l'organisation et au fonctionnement des services publics constituent de véritables décisions. De même n'est-il pas possible d'établir une distinction selon que les recours seraient intentés par de simples fonctionnaires, membres de l'institution administrative ou des usagers.

A cet égard l'explication séduisante proposée par Hauriou (18) et suivie en partie par M. Chevallier n'a pas été confirmée par la jurisprudence la plus récente. L'arrêt Jamart admet le recours dirigé par un simple collaborateur du service public et des recours identiques ont été intentés par de simples usagers.

(17) Rivero, « Le juge administratif français ; un juge qui gouverne », Chronique D. 1951, p. 21.

(18) Note Hauriou sous C.E. 22 février 1918, Cochet d'Hattecourt, S. 1921. 3.9.

Tout au plus peut-on constater que seuls les destinataires du pouvoir de réglementation peuvent intenter un recours pour excès de pouvoir. Ils bénéficient en effet d'un intérêt suffisant pour que le recours pour excès de pouvoir leur soit ouvert largement. La recevabilité des recours dirigés contre des mesures émanant du pouvoir du chef de service n'a rien qui puisse étonner. Elle s'inscrit dans la ligne générale qui tend à étendre le bénéfice du recours à une catégorie toujours plus grande d'administrés. La restriction d'une telle possibilité aux seuls agents publics et usagers des services publics tient simplement au fait que seule cette catégorie est concernée par l'exercice du pouvoir de réglementation du chef de service.

Plus significative est la présence dans la jurisprudence déjà citée d'une amorce de contrôle au fond du pouvoir sur le service. La censure exercée par la juridiction administrative semble être l'indice certain de la présence d'un véritable pouvoir juridique, car là où existe un contrôle, on ne peut parler d'un pouvoir de fait.

Or cette censure se manifeste de deux manières principales.

Tout d'abord, le Conseil d'Etat vérifie, selon la formule employée par l'arrêt Devez, que l'autorité supérieure « n'a méconnu aucune disposition législative ou réglementaire ». Par là, la haute juridiction administrative fixe les limites du pouvoir du chef de service. De même dans l'arrêt Jamart le Conseil d'Etat mentionne que le ministre avait porté atteinte à un droit reconnu formellement par une disposition législative.

Ce premier contrôle permet déjà de reconnaître le caractère subordonné du pouvoir de réglementation du chef de service par rapport aux droits des administrés et aux dispositions législatives et réglementaires.

Mais ce premier contrôle se double d'un second. Il a trait au contrôle du détournement de pouvoir, de la rectitude du but. Dès l'arrêt Devez, la formule employée par la juridiction administrative introduit ce contrôle du but « Considérant qu'il résulte de l'instruction que les arrêtés attaqués n'ont pas été pris en vue d'un but autre que l'intérêt général du bon fonctionnement du service. » Plus généralement, l'arrêt Jamart en précisant l'étendue des pouvoirs du chef de service « toutes les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous son autorité » en fixe par contrecoup les limites. Au cas d'espèce le Conseil d'Etat constate que l'activité du sieur Jamart n'était pas de nature à troubler le fonctionnement du service. Dès lors la mesure attaquée, prise dans un but autre que l'intérêt général, était entachée d'excès de pouvoir.

L'existence d'un tel contrôle éclaire singulièrement la nature et le fondement du pouvoir de réglementation du chef de service.

Sur le plan de la nature, il met en lumière l'aspect juridique du pouvoir du chef de service. Créateur d'obligations sanctionnées, ce pouvoir de réglementation semble bien présenter les caractéristiques essentielles de tout pouvoir juridique. Cependant, à la différence de la compétence des autorités administratives, le pouvoir du chef de service présente un caractère subordonné. Cette subordination se manifeste principalement par rapport aux lois et règlements qui fixent l'organisation du service. Elle se traduit en outre par le respect des situations de droit. Toutes les fois que l'usager ou l'agent public se verra reconnaître une situation juridique, le pouvoir du chef de service en sera par contrecoup restreint.

Enfin, le pouvoir du chef de service sera limité par les exigences du service public, exigences qui conditionnent son existence.

Dès lors il ne semble pas particulièrement difficile d'assigner un fondement à ce pouvoir du chef de service. Pouvoir spontané, fruit d'une nécessité matérielle, le pouvoir du chef de service trouve son fondement naturel dans l'intérêt du service.

En dehors de toute habilitation expresse, c'est l'intérêt du service qui en conditionne l'étendue et lui assigne ses limites. De la sorte, le pouvoir de réglementation du chef de service ne pourra en aucun cas devenir totalement arbitraire. Tout au plus variera-t-il dans son exercice selon les exigences, les nécessités propres à chaque service public. La formule même de l'arrêt Jamart « toutes mesures nécessaires » implique une diversité dans l'étendue de ce pouvoir. Nous sommes ainsi conduits à étudier l'exercice du pouvoir sur le service.

Section 4

EXERCICE DU POUVOIR SUR LE SERVICE

Dans son ouvrage consacré à l'étude du pouvoir discrétionnaire, M. Venezia (19) fait découler du caractère d'entreprise de l'action de l'administration l'existence du pouvoir discrétionnaire. De même M. Charlier (20) fait remarquer « que notre temps met en évidence la notion de chef de famille qu'est le mari dans le texte qui augmente l'indépendance de la femme, celle du chef d'entreprise dans

(19) Venezia, thèse précitée.
(20) Charlier, article précité.

ce droit du travail qui diminue et surveille son pouvoir; et cela parce que famille et entreprise apparaissent comme des institutions au service d'une fin collective supérieure. A plus forte raison notre droit public doit-il reconnaître le rôle du chef dans les institutions publique, dans l'administration générale ». Le rôle du chef de service dégagé par l'arrêt Jamart, en dehors de toute habilitation expresse, se modèlera donc nécessairement sur les nécessités inhérentes à la direction de toute entreprise. Dès lors le pouvoir sur le service apparaîtra comme discrétionnaire, le contrôle se limitant au détournement de pouvoir, à l'existence matérielle des faits mais ne descendant jamais jusqu'à l'extrême limite constituée par l'opportunité de la mesure (21).

L'existence d'un tel pouvoir discrétionnaire semble du reste justifiée. L'admission d'une large responsabilité implique par contrecoup la reconnaissance d'une grande liberté d'appréciation. Il faut prendre garde d'oublier que le ministre, chef de service par excellence, est responsable politiquement devant le parlement de la bonne marche de ses services. Le ministre, selon les termes employés par M. Delvolvé dans ses conclusions sous l'arrêt Mélamède (22) a seul la responsabilité de l'organisation et du fonctionnement du service public. Dès lors il est nécessaire de lui reconnaître par contrecoup un large pouvoir discrétionnaire.

Mais l'admission d'un tel pouvoir ne découle pas exclusivement des nécessités inhérentes à la fonction de chef. Il semble que l'on puisse trouver une autre explication qui, au surplus, ne sera que complémentaire. Elle tient, selon nous, à la qualité particulière des destinataires du pouvoir sur le service. Agents publics, collaborateurs occasionnels ou simples usagers sont en quelque sorte intégrés dans une même catégorie soumise à la toute puissance administrative. Leur qualité commune tient à une absence de droit véritable face aux nécessités particulières découlant de l'organisation et du fonctionnement des services publics. Les usagers, non plus que les agents publics, n'ont le pouvoir d'exiger juridiquement la modification ou le maintien de l'organisation ou du fonctionnement d'un service public. Tout récemment une importante décision vient de réaffirmer ce principe. L'arrêt Vannier du 27 janvier 1961 (23) admet la possibilité de mettre fin au fonctionnement d'un service dans la mesure où aucune loi ou aucun décret n'exige qu'il continue

(21) Pour les mesures relatives à l'organisation intérieure du service. 13 mars 1914, Wuillermoz, Rec. Lebon, p. 354 ; 12 avril 1930, Oger et autres, Rec. Lebon, p. 470 ; 5 juin 1929, Guerry, Rec. Lebon, p. 545 ; 2 décembre 1931, Hilaire Darrigand, Rec. Lebon, p. 1051.

(22) Ass. 27 avril 1951, Rec. Lebon, p. 226.

(23) Section, Rec. Lebon, p. 60, conclusions Kahn.

à fonctionner. Une formule de l'arrêt Vannier mérite de retenir l'attention « considérant que les usagers d'un service public administratif n'ont aucun droit au maintien de ce service; qu'il appartient à l'administration de prendre la décision de mettre fin au fonctionnement d'un tel service lorsqu'elle l'estime nécessaire, même si un acte réglementaire a prévu que ce fonctionnement serait assuré pendant une durée déterminée, à la condition, toutefois, que la disposition réglementaire relative à cette durée soit abrogée par une mesure de même nature émanant de l'autorité administrative compétente ». Comme le fait remarquer M. Alibert (24) « l'autorité compétente a donc toujours le pouvoir de supprimer un service, sous la seule réserve de respecter les conditions légales qui s'imposent à elle ». Face à ce pouvoir du chef de service, les agents collaborateurs ou usagers ne disposent d'aucun droit. Cette absence nous semble constituer la mesure du pouvoir du chef de service. En présence d'une catégorie aussi démunie, le pouvoir d'auto-organisation du chef de service ne pourra être que discrétionnaire. En cette matière, l'influence de la situation des destinataires ne nous semble pas étrangère à l'exercice du pouvoir du chef de service. De discrétionnaire, la compétence de l'autorité administrative deviendra de plus en plus liée au fur et à mesure que les agents publics et usagers auront des droits à opposer à la puissance publique. La participation de plus en plus fréquente des agents au fonctionnement, à l'organisation même des services publics constitue déjà l'amorce d'un déclin du pouvoir du chef de service.

Ce déclin pourra être opéré sur le terrain législatif, le législateur se réservant toujours la possibilité de limiter la liberté d'action du chef de service. Cette limitation se réalisera par un transfert des mesures d'ordre intérieur dans le domaine de la légalité générale. Le pouvoir de réglementation intérieure cesse, en effet, là où commencent les dispositions statutaires.

Mais quel que soit le sens de l'évolution, il ne semble pas possible de supprimer toute trace de pouvoir discrétionnaire. Le pouvoir sur le service correspond, en effet, à une nécessité impérieuse. Cette nécessité postule la reconnaissance au profit du chef de service d'un large pouvoir discrétionnaire d'auto-organisation de son service.

(24) Alibert, *op. cit.*, p. 317.

CONCLUSION DU TITRE II

Au terme de cette étude il semble possible de justifier la place donnée au pouvoir du chef de service dans l'ensemble des pouvoirs s'exerçant dans l'ordre intérieur.

En effet, il pourrait nous être reproché d'avoir arbitrairement situé le pouvoir du chef de service parmi les pouvoirs d'ordre intérieur. Par bien des traits, la compétence du ministre comme de tout chef de service se rapproche de la compétence administrative. A cet égard la frontière entre la légalité intérieure et la légalité générale semble bien difficile à délimiter. Ces difficultés tiennent selon nous à deux sortes de raisons.

Tout d'abord, la première résulte d'une confusion déjà signalée entre le ministre, chef de service, et le ministre, autorité publique. Le fait qu'un même personnage détienne en réalité deux pouvoirs distincts, pouvoir réglementaire et pouvoir du chef de service, semble de nature à faire entrer les mesures prises pour l'organisation des services dans le domaine de la légalité générale (puisqu'autant, si le ministre ne détient pas juridiquement le pouvoir réglementaire, il en a, dans la pratique le libre exercice, par le biais du contreseing et du pouvoir hiérarchique).

Cette première difficulté nous semble, toutefois pouvoir être résolue par l'élargissement de la qualité de chef de service. Si le ministre est en effet, le titulaire par excellence du pouvoir de réglementation, il n'en est pas l'unique détenteur. La formule de l'arrêt Jamart, est particulièrement explicite « comme à tout chef de service ». Dès lors, dans cette catégorie plus large des chefs de service, la double qualité, politique et administrative n'existant plus, le pouvoir du chef de service retrouve toute son autonomie.

La seconde raison tient à la nature même du pouvoir du chef de service. Pouvoir créateur d'obligations sanctionnées, pouvoir bénéficiant d'une habilitation sinon législative du moins jurisprudentielle, le pouvoir du chef de service semble bénéficier de tous les éléments désirables destinés à le faire entrer dans le domaine de la légalité générale.

En réalité, nous croyons, cependant, pouvoir lui conserver sa qualification de pouvoir d'ordre intérieur. En effet, outre qu'il intervient en dehors de toute habilitation législative, le pouvoir du chef de service ne déborde pas le cercle des rapports des agents ou usagers avec le service public. De ce fait, son domaine est limité

« aux mesures prises à l'intérieur des services publics par les autorités qui dirigent le service en vue du meilleur aménagement et fonctionnement de celui-ci » (25).

Pouvoir spontané, pouvoir non créateur d'obligations valables pour l'universalité des citoyens, le pouvoir du chef de service nous semble donc bien pouvoir être qualifié de pouvoir d'ordre intérieur.

(25) RIVERO, thèse précitée, p. 131 et suiv.

CONCLUSION DU LIVRE II

Nous avons été amenés à constater l'existence de pouvoirs se manifestant dans le cercle de la vie intérieure des services publics. Pour tenter de dégager leur nature, nous les avons confrontés successivement à la définition de la compétence des autorités administratives. Cette confrontation n'a pas permis de leur assigner une place déterminée dans le monde juridique. Intervenant en dehors de toute habilitation législative ou réglementaire, non créateurs par eux-mêmes d'une obligation sanctionnée, ces pouvoirs semblent bien irréductibles à toute classification juridique classique.

Cependant l'existence d'un certain contrôle au fond, la création d'effets, sinon juridiques, du moins administratifs ne nous inclinent pas à les ranger dans la catégorie des pouvoirs de fait.

Nous sommes donc, semble-t-il conduits à une impasse. D'un côté le pouvoir du chef de service, le pouvoir hiérarchique ne rentrent pas dans la catégorie des pouvoirs juridiques, traditionnellement définis. De l'autre, ils semblent cependant échapper à la catégorie des pouvoirs de fait et présenter certains caractères juridiques.

Pour sortir de cette impasse force est donc de reconnaître l'existence de la dualité des ordres. Déjà Hauriou en admettait le bien-fondé. Mais surtout, M. Rivero dans les conclusions de son remarquable ouvrage sur les mesures d'ordre intérieur donne au principe de la dualité des ordres, toute son extension en consacrant l'existence d'une légalité générale et d'une légalité intérieure. Pour notre part, nous ne pouvons que souscrire aux opinions précédemment dégagées. Elles nous semblent, de plus conformes à la réalité. L'unicité des règles de droit repose en effet, selon nous, sur une vue sommaire des choses. La conception classique qui ne connaissait qu'un seul système de règles, méconnaît gravement le secteur de la vie intérieure des services publics. Or, à l'intérieur de cette sphère, existent des pouvoirs, certes subordonnés, mais néanmoins créateurs d'obligations et de ce fait donnant prise à un certain contrôle.

La constatation de tels pouvoirs nous incite donc à reconnaître le bien-fondé de la distinction entre la légalité générale et la légalité intérieure.

Les pouvoirs d'ordre intérieur se situent donc dans le plan de la légalité intérieure. Leur nature juridique identique rend compte d'un fondement commun. A défaut d'une habilitation précise, les pouvoirs du supérieur hiérarchique et du chef de service trouvent leur source dans l'intérêt du service. Cette habilitation spéciale n'a d'ailleurs rien qui puisse étonner. L'intérêt public est le fondement de tout pouvoir. L'intérêt du service qui en constitue une des modalités ne peut dès lors que constituer la base des pouvoirs du chef de service. Il importe d'ailleurs, de ne pas sous estimer cette habilitation. Lui dénier toute valeur ou une valeur limitée serait se rallier à l'opinion des auteurs qui voient dans la loi ou la constitution la source de toute règle de droit.

Cette opinion n'est plus de mise. D'éminents auteurs en ont démontré l'inexactitude. A ce titre, nous nous bornerons à citer les importantes remarques de M. Hauriou dans sa note sous l'arrêt Heyriès (26) où l'auteur met l'accent sur une légalité spéciale.

Il semble donc, à la lumière de ces explications, inexact d'assigner au fondement législatif une valeur suprême. L'intérêt du service se situant sur le même plan, toutes les fois que des nécessités particulières viennent postuler la reconnaissance d'un pouvoir au profit d'un chef.

Notre matière nous semble de nature à éclairer ces développements. L'organisation, le fonctionnement des services publics impliquent la reconnaissance, même en dehors de toute habilitation, d'un large pouvoir de direction au profit du chef. « D'abord gouverner et administrer, ensuite exécuter la loi » (27).

L'existence d'un pouvoir spontané a été, d'ailleurs reconnue très tôt au profit du chef suprême de l'administration. L'arrêt Labonne du 8 août 1919 (28) est venu reconnaître au profit du Président de la République l'existence d'un pouvoir général de réglementation et ce en dehors de toute habilitation expresse.

Dès lors, il semblerait anormal de ne pas transposer les mêmes solutions en ce qui concerne les administrateurs actifs que sont les ministres et les différents chefs de service. Comme le fait remarquer très justement M. Vedel (29) : « l'arrêt Heyriès combiné avec l'arrêt

(26) C.E. 28 juin 1918, Heyriès, S. 1922.3.49, note Hauriou.
(27) Note Hauriou sous Heyriès, précité.
(28) Rec. Lebon, p. 737.
(29) Vedel, « Cours de Droit Administratif », Licence 2e année, 1953-1954, p. 19.

Labonne aboutit donc aux principes suivants : même en dehors d'une investiture spéciale, le gouvernement est responsable du maintien de l'ordre public qu'il doit assurer par la réglementation de police et du fonctionnement des services publics ».

Le fondement reconnu aux pouvoirs d'ordre intérieur permet par contrecoup d'en fixer les limites. L'intérêt du service public trace impérativement les frontières que les supérieurs hiérarchiques et les chefs de service ne peuvent franchir. Chaque fois qu'elles risquent d'être violées, le Conseil d'Etat exerce son contrôle. Mais à l'intérieur du service public, la censure ne se développe que sur le but même de la mesure. Cette amorce de contrôle laisse donc subsister au profit du supérieur hiérarchique et du chef de service une grande marge de liberté. Le caractère discrétionnaire de tels pouvoirs tient, sans nul doute, aux nécessités inhérentes à l'organisation des services publics. Mais nous croyons possible de fournir une autre explication. Il semble qu'il y ait un rapport étroit entre le caractère discrétionnaire des pouvoirs ainsi reconnus et la qualité particulière des personnes visées.

Or dans l'ordre intérieur deux catégories de destinataires semblent particulièrement visées par les pouvoirs du chef de service : celle des agents, celle des usagers.

Agents comme usagers sont particulièrement démunis vis-à-vis de l'autorité hiérarchique. Spécialement l'usager par son acte d'adhésion, entre pour un temps limité dans l'institution administrative. Il perd sa qualité d'étranger ou de tiers par rapport à la puissance publique.

Cette intégration entraîne inéluctablement une soumission aux directives émanant des chefs, soumission d'autant plus étroite qu'agents comme usagers n'ont aucun droit à opposer à l'autorité supérieure. Cette situation défavorisée explique pour partie le caractère discrétionnaire des pouvoirs des supérieurs hiérarchiques et des chefs de service.

Toutes les fois que l'agent public et l'usager se verront reconnaître un droit, le pouvoir hiérarchique perdra son caractère discrétionnaire pour entrer dans la catégorie des compétences partiellement liées.

En définitive si les pouvoirs du chef de service et du supérieur hiérarchique possèdent une nature spéciale et un exercice propre il n'en résulte pas qu'ils soient irréductibles à toute catégorie juridique. Bien au contraire, ils prennent rang parmi les pouvoirs subordonnés mais dont le caractère juridique, à l'intérieur d'un certain cadre, nous semble indéniable.

CONCLUSION GENERALE

L'étude du pouvoir de décision unilatérale de l'administration met en évidence les deux notions fondamentales du droit administratif moderne. L'administration est une puissance mais cette puissance est de plus en plus soumise à l'emprise du droit.

Que l'inégalité soit la marque distinctive des relations entre l'administration et les particuliers ne peut que ressortir de l'étude des pouvoirs dont sont investies les autorités administratives.

Pouvoirs d'ordre intérieur, compétence, permettent d'imposer unilatéralement des obligations aux agents publics comme aux administrés.

Mais l'inégalité sous-jacente à toute manifestation de l'activité de l'administration n'est pas synonyme d'arbitraire. La « juridicisation » des pouvoirs administratifs témoigne de l'emprise de plus en plus grande du droit administratif.

C'est ainsi que la compétence nous est apparue comme un pouvoir essentiellement juridique. Le principe de l'habilitation légale préside à la dévolution de toute compétence, il réagit à la fois sur ses caractères et sur son domaine. L'autorité administrative ne dispose d'aucun droit sur sa compétence. Elle ne peut ni la céder, ni renoncer à l'exercer. De plus, le législateur fixe impérativement le domaine d'application de toute compétence. L'autorité administrative ne peut intervenir que dans la sphère qui lui est préalablement tracée. Sur le plan de l'exercice de la compétence, nous avons constaté l'existence d'un contrôle contentieux approfondi. La situation juridique de l'administré vient restreindre la liberté d'action de l'administration dans des hypothèses où cette dernière disposait d'un pouvoir extrêmement vaste. La prise en considération de la situation juridique du destinataire de l'acte témoigne de l'emprise de plus en plus grande du droit administratif.

Dans le domaine de la vie intérieure des services publics un mouvement parallèle se dessine. Sans doute son amplitude est limi-

tée par la survivance du principe hiérarchique. Cependant il nous a été donné d'observer la montée progressive de la vie intérieure de l'administration au monde juridique. Nous avons constaté le caractère para-juridique sinon juridique des pouvoirs d'ordre intérieur. L'amorce d'un contrôle au fond de la prétendue mesure d'ordre intérieur, le contrôle indirect de l'ordre dans des hypothèses d'illégalité grave et manifeste, la reconnaissance jurisprudentielle d'un pouvoir du chef de service sont autant d'indice de la « juridicisation » des pouvoirs d'ordre intérieur.

Cette « juridicisation » n'est sans doute pas à son apogée. Mais quelles que soient les perspectives d'avenir, la soumission de la vie intérieure au droit administratif est déjà incontestable.

Ainsi compétence et pouvoir d'ordre intérieur traduisent à des degrés divers, mais d'une manière indéniable, le phénomène essentiel du droit administratif moderne : la « juridicisation » de l'inégalité des relations entre l'administration et les administrés.

Vu,
Le Président de la thèse :
F.-P. BENOIT.

Vu,
Le Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Rennes :
R. PERCEROU.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Rennes :
H. LE MOAL.

Bibliographie

I. — OUVRAGES GENERAUX
(Traités, Manuels, Cours)

AUCOC, « Conférences de droit administratif », 1878.

BERTHÉLÉMY, « Traité élémentaire de droit administratif », 11e éd., 1933.

BOUZAT, « Traité de Droit pénal », 1951.

DUEZ et DEBEYRE, « Traité élémentaire de droit administratif », 1952.

DUGUIT, « L'Etat », 1903, T. II.
— « Droit Constitutionnel », éd. 1911, T. I et T. II.
— « Etudes de Droit Public ».

ESMEIN, « Eléments de Droit Constitutionnel », 8e éd., T. II, 1927-1928.

GARRAUD, « Traité de Droit pénal français », 3e éd., 1914-1924.

HAURIOU, « Précis de Droit Administratif », 9e éd., 1921.
— « Principes de Droit Public ».

JÈZE, « Droit Administratif », 3e éd., 1926.

LAFERRIÈRE, « Traité de la Juridiction administrative », 2e éd.

De LAUBADÈRE, « Traité élémentaire de droit administratif », 2e éd., 1957.

MOREAU, « Manuel de Droit Administratif », 1909.

RIVERO, « Droit Administratif », 2e éd., 1962.

ROLLAND, « Précis de Droit administratif », 11e éd., 1957.

VEDEL, « Droit administratif », 1958, T. I.

WALINE, « Droit administratif », 7e éd., 1957.

II. — OUVRAGES SPECIAUX

ALIBERT, « Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir », Paris, 1926.

AUBY, « L'inexistence des actes administratifs », 1951.
— « L'incompétence *ratione temporis* », R.D.P. 1953, p. 1.

BARTHÉLEMY, « L'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents », R.D.P. 1914.

BONNARD, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités et le recours pour excès de pouvoir », R.D.P. 1923, p. 363 et s.

BONNARD, « De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics », Thèse, Bordeaux, 1903.

CARRÉ de MALBERG, « Contribution à la théorie générale de l'Etat », T. 1, 1920.

CHARLIER, « Circulaires, instruction de services et autres prétendues mesures d'ordre intérieur administratives », J.C.P. 1954.I.1169.

CHEVALLIER, « L'instruction de service et le recours pour excès de pouvoir », Thèse Nancy, 1924.

COTTIN, « L'ordre hiérarchique et la responsabilité des agents publics », Thèse Rennes, 1941.

DI MALTA, « Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique », Thèse Paris, 1961.

DUBISSON, « La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir », Thèse Paris, 1958.

DUCOS-ADER, « Le droit de réquisition », Thèse, 1956.

DUEZ, « La responsabilité de la puissance publique en dehors du contrat », 1938.

EISENMANN, « L'action de l'administration », Cours Paris, 1949.

GALABERT et GENTOT, « Chronique de jurisprudence administrative », A.J.D.A. 1961.

GAUDEMET, « Le déclin de l'autorité hiérarchique », D. 1947, chr. p. 137.

GAZIER, « L'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'Etat en matière de réquisition », Etudes et Document, 1947.

GIRAUD, « Etude sur la notion du pouvoir discrétionnaire », Revue générale de l'administration, 1924, p. 193.

GOLDENBERG, « Le Conseil d'Etat, juge du fait », Thèse Paris, 1932.

GRELAT, « Essai d'une théorie juridique de l'instruction de service », Thèse Nancy, 1908.

GROSHENS, « La délégation administrative de compétence », D. 1958, chr. p. 197.

GUILLOIS, « De l'arrêt Bouteyre à l'arrêt Barel : Contributions à l'étude du pouvoir discrétionnaire », Mélanges Mestre, 1956, p. 297.

JÈZE, « Essai d'une théorie générale de la compétence », R.D.P. 1923, p. 58.

KORNPROBST, « La compétence liée », R.D.P. 1961, p. 935.

LAFERRIÈRE, « La coutume constitutionnelle », R.D.P. 1944, p. 20.

LAVAU, « Le prétendu pouvoir discrétionnaire d'exclure un candidat d'un concours administratif », J.C.P. 1953.I.1128.

LEVANTAL, « L'annulation pour excès de pouvoir des circulaires administratives », D. 1954, chr. p. 102.

LIET-VEAUX, « Le cloaque des délégations de signatures », Revue administrative, 1949, p. 581.

LINDON, « L'obéissance hiérarchique comporte-t-elle des limites et lesquelles », Revue Administrative, 1954, p. 159.

MOREAU (F.), « Le règlement administratif », Paris, 1902.

NGUYEN QUOC DINH, « L'intervention dans le recours pour excès de pouvoir », R.D.P. 1946.

ODENT, « Contentieux administratif », Cours I.E.P. Paris, 1952.

OLIVIER, « Signature et forme des décisions administratives », Rev. adm. 1952, p. 378.

PLANTEY, « Traité pratique de la fonction publique », 2e éd., Paris, 1963.

RÉGLADE, « La coutume en droit public interne », Thèse Bordeaux, 1919.

RIVERO, « Les mesures d'ordre intérieur administratives ; essais sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics », Thèse Paris, 1934.

— « Existe-t-il un critère du droit administratif », R.D.P. 1953, p. 279.

— « Le juge administratif français : un juge qui gouverne », D. 1951, chr. p. 21.

— « Vers la fin du droit de la fonction publique », D. 1947, chr. p. 149.

RUZIE, « Vers un renouveau du droit de la fonction publique », D. 1959, chr. p. 85.

THIERRY, « Chronique générale de jurisprudence administrative », A.J.D.A. 1962.

— « La notation des fonctionnaires », D. 1954, chr. p. 81.

TEITGEN, « La police municipale », Thèse Nancy, 1934.

VENEZIA, « Le pouvoir discrétionnaire », L.G.D.J. 1958.

VIGNES, « Le pouvoir de substitution », R.D.P. 1960, p. 753.

WALINE, « Le pouvoir discrétionnaire et sa limitation par le contrôle juridictionnel », R.D.P. 1930, p. 197.

III. — CONCLUSIONS ET NOTES DE JURISPRUDENCE

BERNARD, Concl. C.E. 30 juin 1961, Procureur général près la Cour des Comptes, R.D.P. 1961, p. 863.

BERNARD, Concl. C.E. 23 octobre 1959, Doublet, D. 1960.J.191, avec note Lavroff.

— Concl. C.E. 6 octobre 1961, Union nationale des Associations de parents d'élèves de l'enseignement libre, R.D.P. 1961.1271.

BRIMO, Note sous C.E. 28 mars 1945, Devouge, S. 1945.III.48.

CHAVANON, Note sous C.E. 10 novembre 1944, Langneur, J.C.P. 1945.II.2832.

CORNEILLE, Concl. C.E. 14 janvier 1916, Camino, R.D.P. 1917.

DELVOLVÉ, Concl. C.E. 27 avril 1951, Melamède, Rec. Lebon, p. 226.

DINH, Note sous C.E. 9 novembre 1945, Delle et sieur Morand, D. 1946.J.270.

HAURIOU, Note sous C.E. 22 février 1918, Cochet d'Hattecourt, S. 1921.3.9.

— Note sous C.E. 22 janvier 1926, Lefranc, S. 1926.3.25.

HEUMANN, Concl. C.E. 22 avril 1955, Association franco-russe dite Rousky-Dom, Revue administrative, 1955, p. 404.

LÉONARD, Concl. C.E. 9 juillet 1945, Tabouret et Laroche, Gaz. Pal. 1943.II.65.

LETOURNEUR, Concl. sous C.E. 28 mai 1954, Barel, D. 1954.I.594.

LIET-VEAUX, Note sous C.E. 10 février 1943, Mochet, Gourzonnat et autres, S. 1944.3.25.

MERIC, Concl. C.E. 28 juin 1957, Sté X... R.D.P. 1957.1072.

MORANGE, Note sous C.E. 24 juillet 1942, Piron et autres, D.C. 1944, p. 99.

— Note sous C.E. 28 juillet 1944, Dame Constantin, D. 1945.164.

ODENT, Concl. C.E. 26 octobre 1945, Champion et autres, S. 1946.III.1.

QUERMONNE, Note sous C.E. 28 mars 1952, Sté Mackain, D. 1952.455.

— Note sous C.E. 28 novembre 1958, Lépouse, D. 1959.264.

RIVERO, Note sous C.E. 7 février 1936, Jamart, S. 1937.III.113.

ROMIEU, Concl. C.E. 2 décembre 1892, Mogambury, Rec. Lebon, p. 838.

ROUYER-HAMERAY, Note sous C.E. 19 février 1958, Sté des Editions de la Terre de Feu, D. 1958.570.

TIXIER, Note sous C.E. 24 octobre 1952, Eckert, S. 1953.III.51.

WALINE, Note sous C.E. 12 novembre 1954, Calderon, R.D.P. 1955.391.

J.G., Note sous C.E. 14 mai 1948, Imbach, D. 1949.226.
— Note sous C.E. 28 octobre 1949, Yasri, D. 1950.I.303.

J.D.V., Note sous C.E. 8 mai 1942, Andrade, S. 1943.III.5.

Table des Matières

INTRODUCTION 1

LIVRE PREMIER

LA COMPETENCE 15

Titre Premier

LA NATURE ET LA COMPETENCE 22

CHAPITRE PREMIER. — *Les sources de la compétence* 23

Section 1. — Le principe de l'habilitation légale 24

§ 1. La position du principe 25

A. — Le principe de l'habilitation légale et la détermination des compétences : l'arrêt Sargos 25

B. — Le principe de l'habilitation légale et la durée des compétences : l'arrêt Deguili 26

§ 2. Signification du principe 28

Section 2. — Les exceptions au principe de l'habilitation légale 33

§ 1. Le pouvoir réglementaire de l'Office des changes : l'arrêt Dame Calderon 35

§ 2. Le pouvoir du chef de l'Exécutif de faire des règlements de police : l'arrêt Labonne 37

1. — Signification et portée de l'arrêt Labonne 37

2. — Controverses doctrinales 38

3. — Explication proposée : la compétence découlant de la mission générale du chef de l'Etat 42

CONCLUSION 44

CHAPITRE II. — *Les caractères de la compétence* 45

Section 1. — Le caractère légal de la compétence 45

§ 1. Le principe 45

I. — Le caractère général et impersonnel 46

A. — Signification 46

B. — Conséquences 47

II. — Le caractère permanent 50
III. — Le caractère modifiable 51
§ 2. L'apparence dérogation au caractère légal : la délégation 52
I. — Les conditions de la délégation 54
A. — L'acte d'habilitation 54
B. — Conformité entre l'acte de délégation et l'acte d'habilitation 57
II. — Les effets de la délégation 60
A. — Analyse de l'arrêt Société X 61
B. — Conséquences 63
Section 2. — Le caractère limité de la compétence 68
§ 1. La limitation dans le temps : la compétence *ratione temporis* .. 68
I. — La compétence liée à l'investiture 69
II. — L'incompétence liée à la désinvestiture 69
III. — Les nominations anticipées ou rétroactives 71
§ 2. La limitation dans l'espace : la compétence *ratione loci* 74
§ 3. La limitation découlant du principe de la répartition des compétences 76
I. — Empiétement des autorités exécutives sur les organes délibérants (ou inversement) 77
II. — Empiétement de l'autorité inférieure sur les pouvoirs de l'autorité supérieure 77
III. — Empiétement sur les pouvoirs d'une autorité administrative ayant rang inférieur 78
CONCLUSION DU TITRE PREMIER 80

Titre II

L'EXERCICE DES COMPETENCES 81

CHAPITRE PREMIER — *L'exercice des compétences à l'égard des étrangers* 87
Section 1. — Les mesures d'expulsion des étrangers 88
Section 2. — Les mesures visant les associations étrangères 93
Section 3. — Les mesures relatives aux publications étrangères 95
CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER 98
CHAPITRE II. — *L'exercice des compétences à l'égard des agents publics* 99
Section 1. — Le contrôle juridictionnel du pouvoir du supérieur hiérarchique sur la carrière de l'agent 102
§ 1. L'entrée au service 102
A. — L'admission à concourir 103
B. — La nomination 107
§ 2. Le déroulement de la carrière 110
A. — L'avancement 111
B. — La notation 113
§ 3. La sortie du service 116
A. — La démission 116
B. — Le licenciement 117
CONCLUSION 123
Section 2. — Le contrôle juridictionnel du pouvoir de répression du supérieur hiérarchique 124

§ 1. Présentation théorique du problème 125
§ 2. Examen de la jurisprudence relative aux mesures disciplinaires .. 128
A. — Le contrôle du rapport Fait-Faute 128
1. — Le contrôle de la qualification *in abstracto* 129
2. — Le contrôle de la qualification *in concreto* 131
B. — L'absence d'un contrôle sur le rapport Faute-Sanction 134
Section 3. — Le contrôle juridictionnel du pouvoir d'épuration 136
§ 1. Le contrôle du rapport Fait-Faute 137
A. — Le contrôle de la qualification *in abstracto* 138
B. — Le contrôle de la qualification *in concreto* 140
§ 2. L'absence d'un contrôle de la proportionnalité de la sanction à la faute 143
CONCLUSION DU CHAPITRE II 144
CHAPITRE III. — L'exercice des compétences à l'égard des administrés 147
Section 1. — Le contentieux des mutations immobilières 156
§ 1. La jurisprudence 158
A. — Contrôle de la qualification *in abstracto* 158
B. — Contrôle de la valeur des motifs 161
§ 2. Interprétation de la jurisprudence 162
A. — Les explications de la Doctrine 162
B. — Explication proposée : le contrôle juridictionnel, fonction de la situation juridique du destinataire de l'acte administratif 164
Section 2. — Le contrôle juridictionnel des réquisitions 165
§ 1. Contrôle minimum 167
§ 2. Le contrôle de la qualification *in abstracto* 168
A. — Les réquisitions au profit des services publics 169
B. — Les réquisitions au profit des fonctionnaires 170
C. — Les réquisitions au bénéfice des particuliers 171
§ 3. — Le contrôle de la qualification *in concreto* 173
§ 4. Le contrôle de l'étendue de la réquisition 176
§ 5. Interprétation de l'évolution jurisprudentielle 177
Section 3. — Le contentieux de la police municipale 178
§ 1. La police municipale et la liberté de réunion 181
§ 2. La police municipale et la liberté de la presse 183
§ 3. La police municipale et la liberté du travail 184
CONCLUSION DU CHAPITRE III 187
CONCLUSION DU TITRE II 190
CONCLUSION DU LIVRE PREMIER 191

LIVRE II

LES POUVOIRS DANS L'ORDRE INTÉRIEUR 193

Titre Premier

LES POUVOIRS SUR LES AGENTS 197

CHAPITRE PREMIER. — *Le pouvoir sur l'emploi* 199

Section 1. — Examen de la jurisprudence sur les mutations d'emploi .. 201
§ 1. La jurisprudence antérieure à 1946 201
§ 2. La jurisprudence postérieure à 1946 204
Section 2. — Opinions de la doctrine 206
Section 3. — Nature du pouvoir sur l'emploi 207
§ 1. Pouvoir sur l'emploi et compétence 207
§ 2. Le pouvoir sur l'emploi : pouvoir juridique spontané et subordonné 208
Section 4. — Exercice du pouvoir sur l'emploi 210

CHAPITRE II. — *Le pouvoir d'instruction* 212
Section 1. — Examen de la jurisprudence 215
Section 2. — Opinions de la doctrine 218
Section 3. — L'effet administratif du pouvoir d'instruction 222
§ 1. Le devoir d'obéissance 222
§ 2. Sanctions de l'obéissance hiérarchique au cas d'ordres contraires à la fonction 225
A. — Sanctions disciplinaires 225
B. — Sanctions pénales 228
1. — Sanctions pénales proprement dites 228
2. — Sanctions au titre de l'épuration 229
C. — Sanctions civiles 230
Section 4. — De la nature parajuridique du pouvoir d'instruction 235
CONCLUSION DU TITRE PREMIER 238

Titre II

LE POUVOIR SUR LE SERVICE 241

Section 1. — Examen de la jurisprudence 243
§ 1. Les précédents de l'arrêt Jamart 243
§ 2. L'arrêt Jamart et les décisions postérieures 246
Section 2. — Pouvoir sur le service et compétence 249
Section 3. — Nature du pouvoir sur le service 251
Section 4. — Exercice du pouvoir sur le service 254
CONCLUSION DU TITRE II 257
CONCLUSION DU LIVRE II 259
CONCLUSION GÉNÉRALE 262
BIBLIOGRAPHIE 265

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
Paris -- 1080
Dépôt légal : 2e Trimestre 1966

Printed in France

IMPRIMERIE R. VANÇON
77, rue du Cardinal-Lemoine
PARIS (5e)
No 173 15-4-66